



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO

PEDRO DIAS DE ARAÚJO JÚNIOR

**O SISTEMA DE FORMAÇÃO, APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO
DOS PRECEDENTES VINCULANTES**

SÃO CRISTÓVÃO/SE
JANEIRO/2017



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO**

PEDRO DIAS DE ARAÚJO JÚNIOR

**O SISTEMA DE FORMAÇÃO, APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO
DOS PRECEDENTES VINCULANTES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS), como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Flávia Moreira Guimarães
Pessoa

SÃO CRISTÓVÃO/SE
JANEIRO/2017



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO

O SISTEMA DE FORMAÇÃO, APLICAÇÃO E SUPERAÇÃO
DOS PRECEDENTES VINCULANTES

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS), como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Banca examinadora:

Prof.^a Dr.^a Flávia Moreira Guimarães Pessoa
Orientadora

Prof. Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado
1º Examinador

Prof.^a Dr.^a Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega
2º Examinador

SÃO CRISTÓVÃO/SE
JANEIRO/2017

A meus pais, Pedro Dias de Araújo e Euri Neves de Araújo (*in memoriam*), que sempre me estimularam a lutar e buscar os objetivos.

À minha esposa Suellen Lima Santana Dias e à minha filha Laura Dias Rodrigues, pessoas que amo e que me cederam tempo de convivência para a realização deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

À profa. Doutora Flávia Moreira Guimarães Pessoa, pelo exemplo como pessoa, jurista de excelência e amiga pelo apoio à redação dessa dissertação.

Ao meu amigo Márcio Leite de Resende, pelo apoio para que eu pudesse escrever a presente obra.

Aos meus alunos, por me permitirem a prática da docência e reflexão sobre os novos caminhos do CPC/15.

Aos meus professores do Mestrado, como Flávia Pessoa, Jussara Jacinto, Carla Eugênia Caldas, Luciana Aboim, Lucas Gonçalves da Silva, Carlos Augusto Alcântara Machado e Constança Marcondes, que me ajudaram a abrir novos horizontes interpretativos.

À minha fé inabalável em Deus e o seu mensageiro Jesus Cristo, onde seus ensinamentos ajudaram a moldar os ordenamentos do mundo ocidental, em especial o brasileiro.

Judges have to have the humility to recognize that they operate within a system of precedent, shaped by other judges equally striving to live up to the judicial oath.

John G. Roberts Jr.

One precedent creates another and they soon accumulate and constitute law. What yesterday was a fact, today is doctrine.

Junius

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AGU – Advocacia Geral da União

ART – Artigo

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

EC – Emenda Constitucional

IAC – Incidente de Assunção de Competência

IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

IUI – Incidente de Uniformização de Jurisprudência

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

RESUMO

A presente dissertação parte da teoria sistêmica de Nicklas Luhmann e da ciência política em David Easton para demonstrar que o sistema jurídico interage com a sociedade, através dos acoplamentos estruturais, criando precedentes vinculantes através do adensamento normativo até então existente ou, alternativamente, extraindo normas do atual sistema jurídico. Um dos pontos chaves da tese é a participação do *amicus curiae* como elemento legitimador da política de precedentes vinculantes. Apesar dos mesmos interpretarem o ordenamento em uma possível interpretação aberta do ordenamento, defende-se a tese de que esta interpretação não pode ter o elastério emprestado por Peter Häberle no sentido de ser excessivamente ampliada, mas sim as interpretações advindas de fora do sistema jurídico são metabolizadas através de códigos próprios deste sistema, pois uma característica fundamental de qualquer sistema social íntegro é a cognitividade aberta e a operacionalidade fechada, na teoria de Luhmann, criando regras gerais e estas mesmas regras retornam ao meio ambiente. Na formação do precedente, é analisada a participação do *amicus curiae* como elemento da abertura cognitiva. Em sua aplicação, entende-se que a integridade do sistema não deve ser compreendida apenas em sua acepção *dworkiana* da teoria dos princípios, defendida por Lenio Streck, mas sim que ela deve ser compreendida como um sistema, à luz dos ensinamentos de Luhmann, ou seja, a preservação da operatividade interna do subsistema dos precedentes vinculantes é um dos meios de se evitar a corrupção sistêmica – esta sim desafiadora da integridade de quaisquer sistemas. No que se refere à aplicação dos precedentes, há a necessidade de um estudo mais aprofundado da *ratio decidendi* e do *obiter dictum*, de forma a se corrigir os inúmeros vícios das decisões judiciais Brasil afora, em especial daquelas oriundas do Supremo Tribunal Federal. Ao se estudar os precedentes, descobre-se que aquela visão engessadora da jurisprudência é mais típica do sistema inglês que do norte-americano, o que gera uma previsão de que o sistema brasileiro será, também, mais flexível que os dois sistemas em estudo. Na seara constitucional, são analisados os principais argumentos a favor e contrário à constitucionalidade do sistema dos precedentes vinculantes e conclui-se pela sua constitucionalidade. Por fim, após o amplo estudo, competiu enquadrar o precedente vinculante – e não a jurisprudência - como fonte formal do direito brasileiro.

Palavras-chave: Teoria sistêmica. Sociologia jurídica. Ciência política. Precedentes vinculantes. *Ratio decidendi*. Fontes do direito.

ABSTRACT

The present master thesis has its start point on Nicklas Luhmann's system theory and political science in David Easton to demonstrate that the legal system interacts with society through structural couplings, creating binding precedents through existing normative consolidation or, alternatively, from current legal system. One of the key points of the thesis is the participation of the *amicus curiae* as a legitimizing element of the binding precedents policy. Although they interpret the law in very open interpretation, we defend the thesis that this interpretation can not have the breadth defendend by Peter Häberle in the sense of being greatly enlarged, but the interpretations outside the legal system are realized through codes because a fundamental characteristic of any sound social system – including law system - is open cognitiveness and closed operability according to Luhmann's theory, creating rules and these same rules return to the environment. In the formation of the precedent, we analyzed the participation of the *amicus curiae* as an element of cognitive openness. In its application, we understand that the integrity of the system should not be understood only in its Dworkian principle theory, defended by Lenio Streck, but rather that it should be understood as a system, in the light of Luhmann's theory. The preservation of the internal operability of the subsystem of binding precedents is one of the means to avoiding systemic corruption - this defies the integrity of any kind of system. With regard to the application of the precedents, there is a need for a more detailed study of the *ratio decidendi* and the *obiter dictum*, in order to correct the innumerable imperfetcions of judicial decisions in Brazil, especially those coming from the Federal Supreme Court. When studying the precedents, it is discovered that frozen view of jurisprudence is more typical of the English system than the American system, which makes predict that the Brazilian system will also be more flexible than the two systems under study. In the Constitutional Court, we analyze the main arguments for and against the constitutionality of the binding precedents system and we conclude by its constitutionality. Finally, after the extensive study, it competed to frame the binding precedent - and not the jurisprudence - as a formal source of Brazilian law.

Keywords: System theory. Legal sociology. Political science. Biding precedents. Ratio decidendi. Law sources.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 AS BASES SOCIOPOLÍTICAS DO SISTEMA JURÍDICO DE PRECEDENTES JUDICIAIS – SUA ABERTURA COGNITIVA E SEU FECHAMENTO OPERACIONAL	17
2.1 Uma Breve Introdução à Teoria Sistêmico-Social.....	17
2.2 <i>Action is System</i>	21
2.3 O Meio Ambiente e o Sistema.....	22
2.3.1 A Forma como Definidora do Sistema	22
2.3.2 O Sistema como Formador do Meio Ambiente.....	24
2.3.3 A Constante de Luhmann para a Formação do Meio Ambiente	26
2.4 A Criação de Subsistemas (Diferenciação Sistêmica)	27
2.5 A Constante Perturbação Sistêmica para a Busca aa Estabilidade e a Falsa Noção do Equilíbrio.....	28
2.6 O Subsistema Jurídico.....	30
2.6.1 O Posicionamento do Direito em Face dos demais Subsistemas Sociais.....	30
2.6.2 A Questão da Justiça.....	34
2.6.3 O Posicionamento dos Tribunais dentro do Sistema do Direito.....	36
2.6.3.1 <i>Os Tribunais na Visão de Luhmann</i>	36
2.6.3.2 <i>O Centro do Sistema Jurídico – Tribunais ou Centro Decisório?</i>	38
2.6.3.3 <i>A Periferia do Sistema Jurídico</i>	39
2.6.3.4 <i>A Obrigatoriedade de Decidir como Elemento de Fechamento Operativo e Reprodução Autopoiética</i>	40
2.6.4 O Acoplamento Estrutural no Direito.....	40
2.6.4.1 <i>Noções Gerais sobre o Acoplamento Estrutural</i>	40
2.6.4.2 <i>A escolha da Tese Vencedora à Luz da Teoria do Acoplamento Estrutural de Nicklas Luhmann</i>	42
2.6.5 O Traço Significativo do Direito	44
2.7 O Paralelo entre o Modelo Sociológico de Nicklas Luhmann, o Modelo de Ciência Política em David Easton e a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição em Peter Häberle	44
2.7.1 O Modelo Sistêmico Proposto por David Easton	44
2.7.2 O Modelo Eastoniano é Aplicável ao Sistema Jurídico Brasileiro?	51
2.8 O Modelo Operacionalmente Fechado de Luhmann e a Sociedade Aberta dos Intérpretes Constitucionais de Peter Häberle – um Choque Teórico na Abertura do sistema para o Meio?	54
3 TEORIA GERAL DA FORMAÇÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE	60
3.1 A Evolução do Processo Singular para o Coletivo e, deste, para o Coletivizado.....	60
3.2 O Sistema de Precedentes	61
3.2.1 Conceito de Precedente e sua Distinção de Institutos Afins	61

3.2.2 A Importância do Precedente no Corpo do CPC/15.....	65
3.2.3 Os Precedentes Vinculantes e os Precedentes Persuasivos	66
3.2.4 <i>Ratio</i> e <i>Voluntas Decidendi</i> , o <i>Obiter Dictum</i> e a Evolução do Método de Testes de Wambaugh para Eisenberg.....	68
3.2.4.1 A <i>Ratio</i> e a <i>Voluntas Decidendi</i>	68
3.2.4.2 O <i>Obiter Dictum</i>	75
3.2.4.3 Os Métodos de Distinção entre <i>Ratio Decidendi</i> e <i>Obiter Dictum</i> . Evolução Do Método de Wambaugh para Branting no Sistema da Common Law	75
3.2.4.4 <i>Ratio Decidendi</i> Insuficiente e a Técnica do <i>Narrowest Ground</i>	81
3.3 As Técnicas de Distinção e Superação do Precedente Vinculante	83
3.3.1 O Pedido de <i>Distinguishing</i> e a Possibilidade Inversa de Expansão do Precedente	83
3.3.2 O <i>Overruling</i>	86
3.4 O <i>Amicus Curiae</i> como Elemento da Abertura Cognitiva do Procedimento de Produção de Precedentes Vinculantes	90
3.4.1 As Origens do <i>Amicus Curiae</i>	90
3.4.1.1 Aspectos da Abertura Cognitiva Produzida pelo <i>Amicus Curiae</i> no Cenário do Direito Processual Estrangeiro	90
3.4.1.2 A evolução não metodológica do <i>Amicus Curiae</i> no Direito Brasileiro.....	93
3.4.2 Aspectos Legais (Operacionalidade Interna) do Acoplamento Estrutural Realizado pelo <i>Amicus Curiae</i> nos Procedimentos de produção de Precedentes Vinculantes	96
3.4.3 A Instância para o Ingresso e a Diversidade de Instâncias para o Acoplamento Estrutural	97
3.4.4 Os Requisitos de Ingresso	98
3.4.4.1 Requisitos Objetivos	98
3.4.4.2 Requisito Subjetivo – Representatividade Adequada	99
3.4.5 A Definição dos Poderes e a Necessária Observância do Princípio da Isonomia entre <i>Amicus Curiae</i>	101
3.4.6 A Legitimidade Especial Recursal do <i>Amicus Curiae</i>	102
4 A FORMAÇÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE NO BRASIL E O SEU POSICIONAMENTO NA TEORIA GERAL DO DIREITO	104
4.1 O Sistema de Resolução de Demandas de Massa na Experiência do Direito Comparado.....	104
4.1.1 O <i>Representative Actions</i> e o <i>Group Litigation Order</i> do Direito Inglês.....	104
4.1.2 As <i>Class Actions</i> do Direito Norte-Americano	106
4.1.3 A Ação Coletiva na Alemanha	107
4.2 O Microssistema de Julgamento de Casos Repetitivos e de Produção dos Precedentes Vinculantes.....	109
4.2.1 O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas	112
4.2.2 O Incidente de Assunção de Competência	116
4.2.3 Aspectos Comuns entre o IRDR e o IAC	118

4.2.3.1 IRDR ou IAC em Tribunais Distintos: há Vinculação?	118
4.2.3.2 O Papel Preponderante dos Tribunais de Justiça no Julgamento de IRDR ou IAC de Legislação Local e a Similitude com as <i>Suprem Courts Estaduais dos EUA</i>	118
4.2.4 Os Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos	119
4.2.5 A Especialidade Procedimental do <i>Overruling</i> Intertribunais envolvendo Precedente Vinculante.....	120
4.2.6 O Potencial Fenômeno de Junção dos Procedimentos de Produção de Precedentes Vinculantes e Ação Coletiva que Versem sobre o Mesmo Tema	121
4.2.7 O Dever Legal dos Tribunais em Manter a sua Jurisprudência Estável, Íntegra e Coerente.....	126
4.2.7.1 <i>Jurisprudência Íntegra</i>	129
4.2.7.2 <i>Jurisprudência Estável</i>	134
4.2.7.3 O Conceito de Coerência Jurisprudencial e o Conflito entre Coerência Material versus Coerência Processual	136
5 OS DESAFIOS CONSTITUCIONAIS DO MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES	143
5.1 Os Principais Argumentos de Inconstitucionalidade do Microsistema de Formação dos Precedentes Vinculantes e sua Análise	143
5.1.1 O Princípio Funcional da Separação dos Poderes	143
5.1.2 A “Violação” à Competência Constitucional do STF e do STJ no Julgamento dos Recursos Extraordinários <i>Lato Sensu</i>	145
5.1.3 Violação ao Contraditório vs. Representatividade Adequada	148
5.1.4 Violação ao Sistema de Competências da Constituição vs Estabilidade, Integridade e coerência da Jurisprudência.....	150
5.1.5 A Violação ao Princípio da Independência Funcional dos Magistrados vs Coerência nas Decisões Judiciais.....	151
5.2 Os Argumentos Favoráveis à Constitucionalidade do Microsistema de Formação de Precedentes Vinculantes	153
5.2.1 O Princípio da Economia Processual	153
5.2.2 O Princípio do Acesso à Justiça	153
5.2.3 O Princípio da Isonomia	155
5.2.4 O Princípio da Produção Democrática do Precedente Vinculante	156
5.2.5 O Princípio da Segurança Jurídica.....	157
5.3 A Ressignificação do Precedente na Teoria do Direito Brasileiro	158
5.3.1 O Papel do Precedente Vinculante na Classificação das Fontes no Novo Direito Brasileiro	158
5.3.2 O Posicionamento do Precedente Vinculante como Densificação Normativa em Face da Alteração da Legislação Posta.....	162
5.3.3 Há Possibilidade de Fixação de Precedente Vinculante na Lacuna da Lei?	164
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	168
REFERÊNCIAS	174

1 INTRODUÇÃO

O processo civil brasileiro, de forte raiz romana, adotava o sistema da *civil law* como a tônica de sua sistematização. Assim, cada caso julgado seria considerado individualmente. Tal sistema, por produzir decisões individuais, tradicionalmente funciona bem quando as leis são cumpridas com uma certa regularidade por uma dada população, incluindo nesta amplitude conceitual consumidores e fornecedores, cidadãos e Estado, empregadores e empregados, dentre outros. Infelizmente, esse não é o caso da população brasileira em geral, pouco afeta ao cumprimento do ordenamento.

Em função das questões culturais, diversos direitos legítimos são negados à população em geral e os órgãos públicos ligados ao Executivo e que deveriam exercer a sua fiscalização não fazem o trabalho a contento. Indo além, as próprias decisões destes órgãos podem ser submetidas ao Poder Judiciário, o que termina por lhe retirar eventual força legitimadora.

Quer seja nas relações civis tradicionais, quer seja nas relações trabalhistas (onde o número de violações aos direitos é espantosamente superior a qualquer outro ramo do direito, o que termina por gerar um imenso número de reclamações trabalhistas na justiça especializada – a estimativa de novas ações ajuizadas em 2016, segundo divulgado no site Estadão em 10 de maio de 2016, era de três milhões), o brasileiro termina tendo apenas e tão somente o Poder Judiciário como a tábua de salvação de seu direito violado.

O sistema Judiciário, que deveria ser a última das tentativas, termina por vezes sendo a única opção pragmática do brasileiro. E, com isso, cria-se um círculo negativo: com a denegação do direito, o brasileiro termina por pouco insistir na sua obtenção na via extrajudicial (por ser também, na maioria das vezes, infrutífera) e, com isso, lota o Judiciário de novos processos em busca de sua legítima pretensão.

O aumento da demanda judicial somada a uma maior facilidade de ajuizamento de ações derivadas dos novos processos eletrônicos gerou a necessidade de uma racionalização dos julgados. Algumas medidas foram tomadas sob o aspecto legal como forma de otimizar a relação processual, como:

- a) a lei da ação popular (Lei 4.717, de 29 de junho de 1965), que visava anular os atos lesivos do Poder Público;
- b) a lei da ação civil pública (Lei 7.347, de 24 de julho de 1985), que tutela diversos direitos difusos e coletivos;

- c) o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), que terminou por ser uma espécie de diploma normativo dos processos coletivos em geral, embora fulcrado originalmente no consumidor, dentre várias outras ações coletivas.

Estas leis foram criadas como o fito de facilitar o ajuizamento de ações que representariam uma grande quantidade de litigantes. Entretanto, dentre seus legitimados estão, preferencialmente, o próprio Poder Público (exceto no caso das ações populares e ações coletivas) que, apesar de ter feito um excelente papel através do Ministério Público, ainda não foi suficiente para barrar a necessidade dos ajuizamentos em massa.

Fiel ao sistema da *civil law* – o legislador processual brasileiro procurou criar caminhos facilitados para todos aqueles que tivessem um precedente qualificado a seu favor em tribunais. O artigo 557 do CPC/73, reformado em 1998, procurava traçar um caminho – em tese – mais fácil para aqueles que já detinham uma certa certeza em sua tese. Com o passar do tempo, foi-se observado que o impacto na marcha processual fora absorvido pelo contínuo aumento considerável de demandas ajuizadas. Indo além, na prática ocorreu também o contrário: as partes que tinham seu direito assegurado em precedentes estavam sofrendo determinados bloqueios processuais que deveriam ser destinados apenas às partes com pretensões resistidas em tribunais superiores¹. A reforma estava caminhando para um fracasso em números.

Logo, algo precisava ser feito. A situação sócio-processual não mais permitia o modelo defasado da *civil law*, onde cada processo seria tido como único. Apenas para se ter uma ideia, em 2015 o CNJ elaborou um relatório que atestou terem passado pelo Judiciário brasileiro cerca de 102 milhões de ações (Justiça em Números, 2016, p. 17)². Havia uma necessidade urgente de sistematização dos julgados como forma de aumentar a eficiência do Judiciário e diminuir o tempo de uma demanda. Surgiu então a EC 45, de 20 de dezembro de

¹ A reforma de 1998 visou dar mais poderes aos relatores dos tribunais. Todas as vezes em que fossem identificados precedentes significantes para o caso *sub oculo* o Desembargador ou Ministro poderia julgar monocraticamente. O objetivo era tirar o processo das pautas de julgamento, posto que elas já estavam demasiadamente abarrotadas de processos. A ideia era a de que o magistrado julgaria monocraticamente e o processo não iria para pautas. O problema era que esse julgamento monocrático estava sujeito a um recurso que levaria a demanda exatamente para julgamento mediante a Câmara respectiva, jogando-o nas pautas, o que terminou por gerar uma espécie de “degrau” a mais a ser perpassado por quem não detinha precedentes significantes para a sua defesa. Isso gerava mais tempo de apreciação, retendo mais processos por mais tempo no Judiciário.

² Segundo o Relatório da Justiça em Números do CNJ, “Outro impacto da alteração dos casos pendentes de início para final do período-base é que o número de processos em tramitação ao final de cada ano passou a ser conhecido, e não mais estimado como anteriormente. O termo ‘processos que tramitaram’ que antigamente se referiam à soma dos casos novos e pendentes, passaram a ser computados pela soma dos casos baixados e pendentes. Este universo de processos, que em 2014 era de 100 milhões e em 2015 passou a ser de 102 milhões, representa o montante de casos que o judiciário precisou lidar durante o ano, entre os já resolvidos e os não resolvidos.”

2004, que instituiu no Brasil o sistema de súmulas vinculantes exclusivo para questões constitucionais a serem decididas pelo Supremo Tribunal Federal. Diversas súmulas vinculantes foram produzidas, abreviando o tempo da discussão daquilo que foi sumulado em juízo. O resultado, bastante positivo, chamou a atenção da comunidade jurídica e terminou por trazer uma nova demanda social para a expansão de seu modelo, que deveria abranger também a legislação federal, estadual e municipal.

Com isso, ganhou força a ideia de um novo CPC, voltado, dentre outros objetivos, a uma maior sistematização das decisões judiciais, através da coletivização dos litígios então individuais e com uma maior participação social. Na origem, o CPC criou uma espécie de *class action* brasileira, instituída no artigo 333 onde, à similitude com o sistema norte-americano, qualquer pessoa em tese poderia ser representante de uma dada categoria³. Sua vantagem residiria no fato de que as demandas propostas pelos particulares poderiam se coletivizar desde o início do processo, independentemente de um ajuizamento de legitimados específicos. Qualquer pessoa, respeitados os requisitos legais, poderia ser o representante da classe. Esse artigo foi vetado por pressão da AGU e da OAB⁴. Apesar desse veto, persistem no CPC outros importantes dispositivos que visam sistematizar o julgamento de processos

³ Eis o texto vetado: “**Art. 333.** Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que: I – tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade; II – tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo. § 1º Além do Ministério Público e da Defensoria Pública, podem requerer a conversão os legitimados referidos no art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). § 2º A conversão não pode implicar a formação de processo coletivo para a tutela de direitos individuais homogêneos. § 3º Não se admite a conversão, ainda, se: I – já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento; ou II – houver processo coletivo pendente com o mesmo objeto; ou III – o juízo não tiver competência para o processo coletivo que seria formado. § 4º Determinada a conversão, o juiz intimará o autor do requerimento para que, no prazo fixado, adite ou emende a petição inicial, para adaptá-la à tutela coletiva. § 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. § 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo. § 7º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo. § 8º Após a conversão, observar-se-ão as regras do processo coletivo. § 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados. § 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no caput, salvo quando ele próprio o houver formulado.”

⁴ Razões do veto: “Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se a AGU e também a OAB.” <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI217320,51045-Novo+CPC+Texto+e+vetos>.

plúrimos com efeitos vinculantes, fazendo com que o nosso subsistema processual passe a ter uma importância maior dentro do subsistema do direito.

Para uma interpretação mais abrangente do problema, é importante que se façam distinções sistêmicas entre o direito e a sociedade. De que forma – democrática – a sociedade irá participar na formação dos precedentes vinculantes? Como o Judiciário irá respeitar a integridade, coerência e estabilidade das decisões judiciais? Conforme será demonstrado nesta dissertação, uma visão sistêmica ajuda bastante a compreender os desafios que serão tecidos ao longo dos próximos anos na atividade jurisdicional brasileira.

2 AS BASES SOCIOPOLÍTICAS DO SISTEMA JURÍDICO DE PRECEDENTES JUDICIAIS – SUA ABERTURA COGNITIVA E SEU FECHAMENTO OPERACIONAL

2.1 Uma Breve Introdução à Teoria Sistêmico-Social

O estudo de uma teoria sistêmica possui inegável importância científica, pois uma das formas de se compreender um dado problema relativamente complexo é através de sua sistematização. A construção de um sistema, com operações que se repetem e que se buscam equacionar, auxilia a dar compreensão e segurança a dados padrões de comportamento, trazendo de certa forma uma possível previsibilidade do que possa ocorrer em futuras operações dentro do mesmo sistema.

Os antecedentes mais próximos da teoria geral dos sistemas se situam entre as décadas de 1920 e 1930, quando começam a circular vários entendimentos mais significativos sobre o estudo sistêmico (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 26). Na década de 1920, “os pioneiros do pensamento sistêmico foram os biólogos, que enfatizavam a concepção dos organismos vivos como totalidades integrantes” (CAPRA, 1999, p. 33).

Nos anos 1950, a *Society for General Systems Theorie* procurou desenvolver uma espécie de “teoria geral dos sistemas”, aglutinando todas as publicações relativas ao campo sistêmico e combinando os diferentes aspectos parciais da teoria. A ideia era gerar uma teoria que pudesse ser aplicada a todas as ciências. Apesar de não ter conseguido criar elementos que pudessem fundar a respectiva teoria geral – já que as diversas ciências (matemática, física, sociologia, biologia) possuem características próprias - não se pode dizer que os esforços não lograram êxito. Novos avanços e limites foram desvendados, auxiliando a compreensão dos diversos tipos de sistemas existentes (LUHMANN, 2011, p. 60).

Um dos pontos divergentes entre as teorias sistêmicas se deu entre a sociologia e a física. Conforme lecionam Orlando Villas Bôas Filho e Guilherme Leite Gonçalves,

Com base nos aportes fornecidos por Angyal e Uexküll, Ludwig von Bertalanffy desenvolverá, a partir da década de 1930, uma série de conjecturas sobre os sistemas abertos. Assim, em um primeiro momento, a teoria geral dos sistemas organizou-se com base na ideia de sistemas abertos (o sistema construía-se por meio de uma relação de trocas com seu ambiente – *inputs/outputs*). O marco desta concepção é a rejeição, pelas análises biológicas, do modelo sistêmico adotado pela física. Para a física não existia nada além do universo; ele era concebido como o todo que continha, dentro de si, as partes. A inexistência de uma ordem externa ao universo que pudesse, com ele, estabelecer *inputs* e *outputs* obrigou-o a conceber um padrão de sistema absolutamente fechado. Esta perspectiva, no entanto, não respondia aos problemas suscitados por outras disciplinas não identificadas – como ocorria com a física – pela noção do todo. Tal era o exemplo da biologia, dedicada ao estudo dos

seres vivos e preocupada com a relação das partes. (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 26)⁵

A teoria dos sistemas possibilita a partição do meio em sistemas que, por sua vez, podem ser divididos em subsistemas. Com a compartimentalização dos subsistemas, foram possíveis criar normas internas a cada sistema ou subsistema, criando-se teorias sistêmicas próprias ou inter-relacionadas como forma de se racionalizar a compreensão.

Outro ponto importante a se ressaltar é que, se o meio é formado por vários sistemas, esses sistemas tem o poder de se comunicar entre si e entre os seus elementos constituintes. Na lição de Arnaud e Duce,

O método sistêmico consiste numa ruptura completa com o método racionalista clássico – de estilo analítico – herdado de Descartes. O método sistêmico distingue-se por quatro preceitos, chamados de pertinência, de globalismo, de teleologia e de agregação. A pertinência é examinada em relação ao pesquisador, e opõe-se ao princípio de prova. O globalismo diz respeito ao meio do sistema. É a recusa do reducionismo, que se manifesta com a prioridade dada à análise. A teleologia pesquisa o comportamento do sistema e exclui o raciocínio linear de tipo casual. A agregação visa a uma representação simplificadora, preferível à pesquisa exaustiva, que tira o fôlego, segundo a fórmula cartesiana (ARNAULD; DULCE, 2000, p. 302-303)

A teoria dos sistemas sociais vem despertando o interesse de diversos cientistas sociais e, mais recentemente, na parte da ciência do direito de uma forma mais acentuada no século passado. Diversos cientistas vêem nas modernas teorias dos sistemas uma das formas de melhor explicar os fenômenos que envolvem a sociedade como um todo. Como se criam, quais são as suas normas e como se comunicam com outros sistemas são perguntas que todas as teorias procuram responder.

Bertalanffy, um dos primeiros e principais porta-vozes do pensamento sistêmico, definiu sistema como “um complexo de elementos em interação, interação essa de natureza ordenada (não fortuita)”. Essa definição oferece três requisitos básicos para a existência de um sistema, que são os “elementos”, o processo de “interação” e a “ordenação”.

⁵ Por uma ironia do destino, o universo para a física era tido como o símbolo de tudo o que existia. Nada iria além do universo e, por esta razão, sua teoria sistêmica teria como ponto de partida um sistema fechado, diferentemente do da sociologia. “A noção de mais de um universo, mais de um ‘tudo o que existe’ era vista como contradição em termos.” (GREENE : 2012, p. 14). Nas últimas décadas, contudo, cresce na cosmologia a teoria da ideia de “multiverso” – outros universos com outras leis físicas - com sistemas que, até o presente momento da ciência cósmica, ainda não se comunicam. Se, porventura, descobrir-se em um futuro próximo que existem multiversos e eles se comunicam com regras próprias (e sistemas operativos fechados, com regras específicas e distintas das leis que regem o nosso universo), a aproximação com a teoria sistêmica das ciências sociais será bem maior.

Os elementos podem ser conceituados isoladamente como a visão atômica em duas dimensões e congelada do sistema. Estes elementos, por si só, não teriam o poder de produzir um sistema se fossem estáticos e entre eles não houvesse uma determinada ordem, uma regra naturalmente tecida que lhes impõe, de certa forma, uma coesão. Eles se comunicam, se irritam e produzem alterações no seio daquele sistema. O processo de interação entre eles passa a ser, assim, essencial. Mas este processo não pode ser qualquer um. Mesmo que haja conflitos, tem que ser ordenado. Assim, Bertalanffy menciona também que esta ordenação não seja fortuita; ela se repetirá tantas vezes quanto forem necessárias.

O que vem a caracterizar um sistema são as relações entre os elementos e a sua ordenação, com predisposição para uma relação continuativa. Se esta relação for fortuita, não se terá um sistema. Assim, sua *ordem interna* é um elemento de extrema importância. Ao analisar as ciências sociais, PARSONS, exatamente nesta linha de raciocínio, leciona que a ciência social está preocupada com os seres humanos interagindo uns com os outros em termos de padrões de conduta mutualmente aceitos. Sua interação ocorre em um ambiente que se poderia chamar de “fato bruto”, que compreende, dentre outras coisas, o clima, os recursos materiais, a estrutura populacional e as possibilidades físicas de comunicação. Para estudar este vasto complexo de material é necessário algum esquema de conceitos, através do qual se possa escolher o que é significativo, e assim visualizar o caminho para descobrir “o que passa com o que”, encontrando então uma espécie de ordem interna (PARSONS, 2005, p. 4)⁶.

Parsons, ao seu turno, trouxe as ideias da interpenetração entre sistemas abertos. Essa interpenetração pode ser definida como “zona comum presentes em duas esferas diferenciadas” que “permitiu ‘a interiorização de objetos sociais e normas culturais pela personalidade do indivíduo e estabeleceu a noção de abertura’ (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2012, p.28), pois nestes espaços compartilhados entre sistemas são criadas as condições para a formação permanente de uma ponte entre esferas distintas. Por essas pontes passam a comunicação entre os sistemas, que terminam por trazer influências entre si, como no exemplo em que os sistemas jurídico, político e econômico possuem uma profunda conexão permanente.

A teoria social proposta por Niklas Luhmann está centrada na noção de sistema. De forma absolutamente distinta da tradição teórico-sistêmica desenvolvida nas ciências sociais –

⁶ No original: “Social science is concerned with human beings interacting with one another in terms of mutually accepted standards of conduct. Their interaction takes place in an environment of what one might call “brute fact”, which comprises, among other things, climate, material resources, the population structure and the physical possibilities of communication. To study this vast complex of material some scheme of concepts is required, by means of which we can pick out what is significant, and so preview the way for discovering ‘what goes with what’”.

sobretudo as do século XX, Luhmann defende que os sistemas, antes de tudo, sejam autorreferenciais:

Nossa tese de que existem sistemas pode agora ser concebida mais especificamente: existem sistemas autorreferenciais. Isso significa, primeiramente, apenas num sentido bem geral: existem sistemas com capacidade de produzir relações consigo mesmos e de diferenciar essas relações perante as do seu ambiente. (LUHMANN, 2016, p. 30)

Teoricamente, passa-se a perceber que os sistemas operam sob duas grandes regras: as regras internas, que disciplinam seu sistema operacional interno, e as regras externas, que disciplinam a relação entre o sistema e o meio ambiente. A capacidade de estabelecer relações internas que são diferentes das externas é uma das principais características da teoria:

[...] a abordagem sistêmica proposta por Luhmann é a de que os sistemas (orgânicos, psíquicos e sociais) são autorreferentes. Luhmann explica que esses sistemas autorreferentes ou autorreferenciais constituem-se em sistemas que apresentam a “capacidade de estabelecer relações consigo mesmos e de diferenciar essas relações frente às de seu entorno”. Para esse teórico, a teoria social clássica do conhecimento sempre evitou “as autorreferências por considera-las tautologias e brechas para o puramente arbitrário”.

[...] Sistema, na tradição do conceito, servia para designar alguma coisa que “funcionava” a partir de partes interdependentes. As ideias de parte, etapa, momento, conjunto, coleção são ideias fins à noção de sistema; elas sempre estão implícitas ou explicitadas quando há referência a algum sistema seja ele qual for. Ainda na tradição da utilização do termo, ideias mais sutis, tais como: articulação, processo, desenvolvimento, manutenção, transformação, equilíbrio, coerência, também têm feito parte do conjunto de características inerentes aos sistemas, embora muitas vezes de forma não explicitada. (RODRIGUES; NEVES, 2012, p. 21-21)

O sistema social é o que mais importa para a introdução da análise da teoria sistêmica do direito. As relações humanas, ao longo de sua existência, passaram da barbárie – com poucas regras instrutórias e prevalência da força bruta – para as sociedades atuais mais complexas, onde o subsistema do direito visa dar uma ordem, um disciplinamento às relações sociais através da pretensão ao normativamento das condutas humanas⁷. O subsistema

⁷ Para Luhmann, “A perspectiva histórica e a da comparação cultural se deparam com a ampla variedade e multiplicidade de formas que o direito assume. A diversidade das origens e das etapas da formação do direito que alcançam o impenetrável desconhecido histórico, exclui a hipótese de uma única causa ou constelação de causas do direito. Todas as sociedades humanas, ao longo da história conhecida, atuaram de forma ‘equifinal’ por sempre gerarem direito, se bem que com diferentes concepções normativas, instituições, interesses divergentes, procedimentos, e ainda entrelaçamentos muito distintos com as estruturas sociais extrajurídicas. Em certos casos existem realmente, em especial nas culturas jurídicas mais desenvolvidas, muitos institutos do direito completamente semelhantes, se bem que de origem heterogênea – por exemplo sempre que se estrutura uma situação especial de interesses de tal forma que sejam poucas as soluções possíveis para os problemas emergentes. [...] O ponto de partida para a compreensão do direito arcaico reside na estrutura da sociedade. As sociedades do tipo arcaico – e entre elas compreendemos também as sociedades primitivas ainda existentes que apresentem as características correspondentes – fundamentam-se em princípio no parentesco. A partir daí

jurídico passa a ser, então, jungido por uma série de valores maiores que orientam sua produção normativa.

2.2 Action is System

Em sua teoria de sistema social, Parsons desenvolveu a tese de que a ação é um dos elementos cruciais na análise dos sistemas. Ação e sistema não podem ser compreendidos separadamente ou, em outras palavras, a ação só é possível na forma de sistema. “A descoberta essencial foi a de que a construção de estruturas sociais se realiza sob a forma de sistema, e a operação basal sobre a qual esse sistema se constrói é a ação” (LUHMANN, 2009, p. 42).

Segundo sua teoria, a ação é uma propriedade emergente (*emergente property*) da realidade social; ou, em outras palavras, para que se realize uma ação, é preciso haver um número mínimo de componentes. Ao analisar os componentes, Parsons leciona que a ação é um processo no sistema de ator-situação que tem significado motivacional para o ator individual, ou, no caso de uma coletividade, seus componentes individuais. Age-se sempre por um motivo. Isto significa que a orientação do processo de ação tem a ver com: a) obtenção de bens (materiais ou imateriais); ou b) evitar privações para o ator relevante, qualquer que seja o caso concreto. O ator age para “obter” ou “evitar perder”. Somente será tratada como ação do ator em sentido técnico na medida em que sua resposta à situação for analisada sob o cunho motivacional⁸ (PARSONS, 1991, p. 3).

Na esteira do pensamento de Parsons, Luhmann leciona que a ação dos sistemas sociais é adotada, sobretudo, para situações importantes e emergentes:

ocorrem graus distintos de influência sobre a superação de disputas jurídicas, mas nenhuma competência de decisão jurídica surge independentemente do parentesco. [...] Mesmo faltando um caráter obrigatório abstrato e consequente via vigência, em todas as sociedades arcaicas que podemos observar encontramos algumas normas diferenciadas, que sejam expectativas mantidas em termos contrafáticos. Pospisil, por exemplo, encontrou junto aos *papuas kapauku* da Nova Zelândia, que vivem ao nível de desenvolvimento da idade da pedra, uma ‘*intention of universal application*’ para uma série de regras comportamentais, as quais no entanto só podiam impor-se realmente em cerca de metade dos casos. Tais regras são sempre formuláveis através da linguagem, tornando-se assim objetivamente identificáveis como a mesma nos diferentes casos, tornando-se então institucionalizáveis - como o direito” (LUHMANN : 1983, p. 182-186).

⁸ No original: “Action is a process in the actor-situation system which has motivational significance to the individual actor, or, in the case of a collectivity, its component individuals. This means that the orientation of the corresponding action process has a bearing on the attainment of gratifications or the avoidance of deprivations of the relevant actor, whatever concretely in the light of the relevant personality structures these may be. Only in so far as his relation to the situation is in this sense motivationally relevant will it be treated in this work as action in a technical sense. It is presumed that the ultimate source of the energy or “effort” factor of action process is derived from the organism, and correspondingly that in some sense all gratification and deprivation have an organic significance. But though it is rooted in them the concrete organization of motivation cannot for purposes of action theory be analysed in terms of the organic needs of the organism. This organization of action elements is, for purposes of the theory of action, above all a function of the relation of the actor to his situation and the history of that relation, in this sense of ‘experience’”.

Parsons entende essa análise sob a denominação de *realismo analítico*: realismo, no sentido de que, embora o esforço para decompor os elementos intrínsecos da ação constitua uma construção teórica conduzida pela sociologia, o resultado consistem em evidenciar que, graças a essa emergência, a ação brota. A referida construção deveria fazer jus às condições de possibilidades das ações e, nesse sentido, poder dar conta de todas as ações possíveis. E analítico, porque, ao identificar os componentes da ação, descobre-se que, tomados isoladamente, eles já não podem, por sua vez, continuar sendo designados sob a categoria da ação.

[...]

A sociedade, antes que os indivíduos se disponham a agir, já está integrada pela moral, pelos valores e pelos símbolos normativos. Portanto, a sociedade não é possível, sem estar previamente integrada sob a forma de sistema. (LUHMANN, 2009, p. 42-43)

A obra de Parsons pode ser catalogada como variações infundáveis de uma fórmula relativamente simples e compacta que revela a quintessência de sua mensagem: *action is system*. (LUHMANN, 2009, p. 41). De fato, uma das essências de qualquer sistema é a sua mobilidade, sua constante ação e – por que não – sua constante interação, em especial nos sistemas tidos por abertos:

Abertura significou comércio com o meio, tanto para a ordem biológica como para os sistemas voltados para o sentido (sistemas psíquicos, sistemas sociais...). Surgiu, assim uma nova ênfase no modelo: o *intercâmbio*. Para os sistemas orgânicos se pensa em intercâmbio de energia; para os sistemas de sentido, em intercâmbio de informação. Esses sistemas, por assim dizer, interpretam o mundo (sob o preceito da energia ou da informação) e reagem conforme esta interpretação. Em ambos os casos, a entropia faz com que os sistemas estabeleçam um processo de troca entre sistema e meio e, conseqüentemente, por sua vez, que esse intercâmbio suponha que os sistemas devam ser abertos (LUHMANN, 2009, p. 62).

Quer seja nos sistemas biológicos, quer seja nos sistemas físicos ou nos sistemas sociais, tudo está em contínuo movimento. As operações internas representam movimento. A comunicação externa entre sistemas representa movimento. Daí o acerto da frase de Parsons que seria melhor traduzida para o português como “sistema é movimento”.

2.3 O Meio Ambiente e o Sistema

2.3.1 A Forma como Definidora do Sistema

Para que haja um sistema, é necessário que se tenha a ideia de unidade. A unidade sistêmica é essencial para que um determinado sistema possa se distinguir de, eventualmente, outros sistemas semelhantes; caso contrário, o termo sistema poderia ser facilmente substituído por estrutura, agregado, conglomerado. “Os sistemas são capazes de organizar e mudar suas estruturas a partir de suas referências internas, produzir seus elementos e

determinar suas próprias operações. Os sistemas se autoproduzem” (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2012, p. 43) e, portanto, são autorreferenciais. Se o sistema implica em unidade que o distingue do ambiente externo, passa-se a ter a noção de entorno ou, mais precisamente, meio ambiente. Um sistema estaria envolto no seu meio ambiente, mas nenhum sistema estaria apto a operar fora de seus limites. “Se um sistema tem limites, são os limites do sistema que o discernem como unidade e, a partir desse estado de unidade, tudo o mais se torna não sistema, entorno ou simplesmente, diferença” (RODRIGUES; NEVES: 2012, p. 22).

Para se compreender bem o conceito dos limites de um sistema, é necessário recorrer ao conceito de forma. Luhmann recorre, então, à tese do matemático Spencer-Brow, para quem a forma “não está relacionada à estética (beleza ou feiura), mas significa um cálculo, uma operação. Forma é a operação de indicar e distinguir. Indicar significa, simultaneamente, distinguir, assim, como distinguir significa, simultaneamente, indicar” (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2012, p. 44).

O próprio Luhmann, em ensaio sobre “signo como forma”, traz considerações complementares à teoria de Spencer-Brow que auxilia na compreensão de forma para fins sistêmicos e, sobretudo, sociais. Luhmann analisa o exterior da diferença entre significante e significado, isto é, o exterior da unidade dessa diferença, o exterior do signo. Um sistema de comunicação que usa sinais deve operar com limites identificáveis, pois o limite é o fator diretriz de distinção. Os sistemas, pelo próprio fato de seu uso de operações internas, não pode deixar de estabelecer limites, pois é na sua parte interna que são realizadas as operações próprias através das quais os sistemas se reproduzem, se organizam e geram suas próprias estruturas e limites. De outro ângulo, qualquer sistema se constitui como uma forma, com um limite, com uma diferença assimétrica ente o sistema e o ambiente. E se um sistema tem à sua disposição as capacidades adequadas para reflexão, pode usar esta forma para significar, observar e descrever-se como diferente do ambiente (LUHMANN, 1999, p. 57)⁹.

⁹ No original: “Now we have to consider yet another outside, namely, the outside of the difference between signifier and signified, that is, the outside of the unity of this difference, the outside of the sign. This would then be the world. Perhaps the theoretical need for closure forces us to follow this line of reasoning. Nonetheless, we must also keep in mind that, for a radical approach based on a theory of difference, the world concept cannot possibly be the otherwise positioned. The “unmarked state” refers to a placeholder for what cannot be distinguished but can only be brought into a form by making a distinction. As a result, there are always further distinctions and other possible forms and significations. It does not follow from this that a sign-using, communicating system – must – or even could – operate without boundaries. The world concept resolves this problem. For it is only the world that cannot be conceived in terms of boundaries or as a form; neither can it be conceptualized in tandem with anything on the other side of the boundary. Systems, by the very fact of their use of operations, cannot help but establish boundaries. Nonetheless, they reproduce themselves, organize themselves, and generate their own structures and boundaries by their own operations. Consequently, an observer outside the system could not detect

Conforme se observa, Luhmann é enfático ao afirmar que um dado sistema não pode operar sem seus limites (entendendo o limite como envergadura máxima de suas operações tidas como internas) e que um observador externo pode não enxergar com precisão os seus limites – embora este mesmo observador reconheça que a existência do limite é inquestionável. Isso não quer dizer, entretanto, que uma dada operação não possa eventualmente ultrapassar o limite do sistema: “[...] o conceito de limite significa que processos que ultrapassam os limites (p. ex., os processos de troca de energia ou de informação) são colocados sob outras condições de continuidade ao terem ultrapassado tais limites (p. ex, outras condições de valorização ou de consenso” (LUHMANN, 2016, p. 34). Ao perpassar os limites, a operação passa a ser trabalhada sob outras regras.

2.3.2 O Sistema como Formador do Meio Ambiente

Luhmann deixa claro que funda sua teoria sistêmica não na unidade, mas sim na diferença, quando afirma que o paradigma da teoria dos sistemas está assentado sobre uma diferença específica entre sistema e ambiente, que ele denomina de diferença diretriz (FRANKENBERG, 2007, p. 285). A diferença diretriz traça o limite sistêmico.

A distinção entre meio e forma remonta à teoria da percepção humana de Fritz Heider. Em interessante indagação – que influenciou Luhmann – Heider pergunta por que se atribui à causa de nossas percepções acústicas e visuais diretamente ao objeto percebido e não a nenhum dos muitos outros fatores que estão causalmente envolvidos em nossa percepção, que Heider classifica como o meio (ondas acústicas, ondas de luz). Heider explica isso com a diferença na constituição entre o objeto de percepção – a coisa – e outros fatores casuais – o meio. A diferença entre a coisa e o meio é conceituada como a diferença entre o acoplamento frouxo e apertado dos elementos. Devido ao acoplamento frouxo de seus elementos (isto é, sua abertura a uma multidão de conexões possíveis), o meio pode ser condicionado através da coisa. Em outras palavras, certos acoplamentos entre elementos no meio podem ser entendidos como reforçados através da coisa e, portanto, serem interpretados como “sinais” para a coisa (SEIDL, 2016, n.p.)¹⁰.

the location of the system's boundaries, even though their existence is unquestionable. Otherwise, no system could materialize. To state my position from another angle, any system constitutes itself as a form, as a boundary, as an asymmetrical difference between system and environment. And if a system has at its disposal the appropriate capacities for reflection, it can use this form (which, as we have shown, is the system itself) in order to signify, observe, and describe itself as different from the environment” (LUHMANN : 1999, p. 57).

¹⁰ No original: “The distinction between medium and form goes back to Fritz Heider's theory of human perception (there, however, as a distinction between medium and thing). Heider asks why it is that we attribute

Nos seus escritos, Luhmann se inspira na ideia de Heider, mas a transforma em algo maior. Há a separação do conceito de sua referência ao mundo físico e, ao invés, passa a relacionar os conceitos de forma e meio ao observador. Forma passa a se referir a uma possível pré-seleção de conexões particulares observáveis dentre uma multitude de conexões possíveis. Essa possível conexão múltipla de formas ele dá o nome de meio. É importante entender o meio e a forma como conceitos relacionais: um meio é apenas um meio com relação à forma, mais precisamente a uma forma observada; portanto, o meio não é um mero espalhamento de elementos aleatoriamente. Para o meio, existe uma regra de criação, uma constante matemática, onde a parte mais importante é a identificação da forma (no caso da teoria de Luhmann, o sistema). O meio só pode ser observado como contingência de uma forma¹¹(SEIDL, 2016, n.p.).

O sistema constrói sua identidade à medida em que se distingue do ambiente. O ambiente, ao seu turno, reconhece-se como tal desde que o sistema seja o seu parâmetro de distinção. Desse paradoxo tem-se a primeira conclusão: o ambiente é um produto do sistema pela regra da diferença.

Um segundo elemento importante na teoria sistêmica de Luhmann é que tudo o que está fora do sistema é considerado ambiente. Logo, o observador interno de um dado sistema observará os demais sistemas também como meio ambiente, como entorno. Em síntese:

Já sabemos que cada sistema se constitui a partir do estabelecimento de seus limites frente ao meio, que são limites de sentido. O sentido delimitador de cada sistema é exclusivo dele, pois um sentido comum a vários sistemas significa eliminar a diferença entre eles, fundi-los em um só. Daí que o mesmo sentido que serve para estabelecer que elementos pertencem ao sistema sirva também para determinar quais ficam fora dele, pertencendo, portanto, ao meio. O sentido permite a constituição do sistema a partir de uma disjunção elementar, que se repete constantemente: isto pertence ao sistema, isto não pertence.
[...]

the cause of our acoustic and visual perceptions directly to the perceived object, and not to any of the many other factors which are causally involved in our perception, such as light waves or air waves. He writes: ‘Our perception points to one particular link of the [casual] chain. With regard to causality, all links of the chain are equal; with regard to perception they are not: there is, rather, one highlighted link, namely our object of perception’. Heider explains this with the difference in constitution between the object of perception – the *thing* – and the other causal factors – the *medium*. The difference between thing and medium is conceptualized as the difference between the loose and tight coupling of elements. Due to the loose coupling of its elements (that is to say, its openness to a multitude of possible connections), the medium can be conditioned through the thing. In other words, certain couplings between elements in the medium can be understood as enforced through the thing and hence be interpreted as ‘signs’ for the thing”. (SEIDL : 2016, s/n)

¹¹ No original em inglês: “It is important to understand medium and form as relational concepts: a medium is only a medium with regard to form, so it is not a pure scattering of elements. Equally, a form is a form in a medium; it is not a selection that is apparent in itself. This distinction, however, contains an asymmetry: the medium can only be observed from the perspective of possibilities for producing a form, not the other way around. In other words, it can only be observed as the contingency of the form and cannot be observed directly.”

Cada sistema forma parte do meio dos outros sistemas. Isso quer dizer que cada sistema não percebe aos outros como sistemas, senão como aquela parte da complexidade que não se reduz com ajuste ao código e aos programas próprios (ARNAUD, 2004, p. 321-322)

Percebe-se, então, que o sistema possui uma forma (não materializada) e o que está fora dele é considerado meio. Forma e meio se autodefinem; por consequência, sistema e meio também se autodefinem. Tudo dependerá do olhar do observador; o sistema ao qual está sendo observado passa a irradiar os seus efeitos para o meio; a mudança de olhar para outro sistema transforma o sistema originalmente observado em meio do que está, agora, sendo analisado.

2.3.3 A Constante de Luhmann para a Formação do Meio Ambiente

Um outro ponto não mencionado por Luhmann mas que consta das entrelinhas de sua tese é exatamente aquilo que não pode ser considerado um sistema. Para Luhmann, para que haja um sistema é preciso que se tenha uma abertura cognitiva e um fechamento operativo. No caso, há determinados fragmentos sociais que podem ter abertura cognitiva, mas que funcionam sem padrões operativos previamente definidos e, eventualmente, sem sancionamentos. É o caso, por exemplo, da corrupção sistêmica, que possuem padrões aleatórios de funcionamento e não podem ser considerados um sistema, mas sim como anomias¹². Estes fragmentos inseridos na sociedade são chamados de resíduos.

Após a definição do sistema, passa-se agora a analisar o meio, também chamado de ambiente. O meio passa a ser formado também por vários outros sistemas e cada sistema terá o seu meio próprio e distinto dos demais, já que se opera uma exclusão do próprio sistema para a formação de seu meio. Junto aos demais sistemas há os resíduos. Logo, percebe-se que o meio pode, sim, ser expresso através de uma fórmula inspirada na matemática, de onde se tem os seguintes elementos:

- “So” seria qualquer sistema referenciado e objeto de estudo do observador. É o sistema observado;
- “M” seria meio ambiente, que está em constante mutação em função dos sistemas. M(So) seria o meio ambiente do sistema observado;
- $\sum S$ seria o somatório dos diferentes sistemas de uma sociedade;

¹² Utilizamos a anomia como um conceito mais próximo de Durkheim, compreendida como “ausência de normas”, uma socialização imperfeita (GIDDENS : 1998, p. 163).

- “R” seriam os resíduos ambientais, compostos por segmentos sociais que (ainda) não são considerados sistemas por não terem fechamentos operativos. São as anomias.

A conjugação e ordenação de todos esses fatores terminam por representar o pensamento de Luhmann através de uma equação, que é a fórmula da constante de Luhmann: $M(S_o) = \sum S + R - S_o$. Através da fórmula constante $\sum S + R - S_o$, percebe-se que o meio ambiente pode ser conceituado como um “vir a ser”; ele virará o meio ambiente de um dado sistema. O sistema formata seu meio ambiente, que sofrerá tantas mutações a depender de quantos sistemas existirem e essas mutações ocorrerão quando o olhar do observador saltar de um sistema a outro. Esta ação do vir-a-ser corresponde à efetuação de uma diferenciação feita exclusivamente pelo sistema, pois essa diferenciação do meio ambiente é o resultado de uma operação concomitante com a criação de um sistema.

Como o meio passa a operar então? Ele teria regras próprias, seria também um outro sistema? Como ele se diferencia? Teria limites a serem mantidos (*boundary maintenance*) como os sistemas? Ao responder a essas indagações, Luhmann explica:

É mediante o sistema e somente a relação ao sistema que o ambiente obtém sua unidade. Ele é demarcado por horizontes abertos, e não por limites ultrapassáveis; ou seja, ele mesmo não é um sistema. Ele é diferente para cada sistema, já que cada sistema exclui somente a si mesmo de seu ambiente. De modo que não há autorreflexões do ambiente e muito menos capacidade de ação. A atribuição ao ambiente (“atribuição externa”), por seu lado, é uma estratégia sistêmica. Tudo isso, porém, não significa que o ambiente dependa do sistema ou que o sistema possa dispor à vontade de seu ambiente. Pelo contrário, a complexidade do sistema e do ambiente – voltaremos a esse tema – exclui toda forma totalizante de dependência em qualquer direção. (LUHMAN, 2016, p. 34).

O meio não é significativo apenas para a manutenção do sistema, para o seu reabastecimento de energia e informação. Para a teoria de Luhmann, o ambiente é pressuposto da identidade do sistema, porque a identidade só resta possível mediante a diferença (um determinado objeto só tem identidade se for distinto de outro; caso contrário, pode-se falar em réplicas e o conceito de identidade é transladado para o grupo de objetos idênticos).

Assim, todas as operações que ocorrem dentro de um dado sistema passam a serem vistas por dois pontos de observação: tudo o que acontece é sempre ao mesmo tempo pertencente a um sistema e pertencente ao ambiente de outros sistemas. Cada alteração em um dado sistema é alteração em uma parte do ambiente de outro sistema. Por isso, o ambiente (meio) é sempre muito mais complexo do que o próprio sistema.

2.4 A Criação de Subsistemas (Diferenciação Sistêmica)

Analizando mais profundamente a teoria sistêmica, um dado sistema pode constituir-se em subsistemas internos. Em uma repetição da teoria da diferenciação entre meio e sistema, para um dado subsistema os demais subsistemas passam a ser considerado um meio. Enquanto que nas demais relações entre sistema e meio tem-se relações tradicionais de comunicação, na hipótese de subsistema pode ocorrer a hierarquia nas relações. Luhmann chama a formação de subsistemas dentro de um sistema maior de diferenciação sistêmica:

Diferenciação sistêmica não é outra coisa senão a repetição da formação sistêmica no interior dos sistemas. No interior dos sistemas pode ocorrer diferenciação de outras diferenças sistema/ambiente. O conjunto do sistema adquire, com isso, a função de um “ambiente interno” para seus subsistemas, especificamente para cada subsistema. A diferença sistema/ambiente é, portanto, reduplicada, o conjunto do sistema multiplica a si mesmo como uma multiplicidade de diferenças internas sistema/ambiente. Cada diferença entre subsistema e ambiente interno é, por sua vez, o conjunto do sistema – mas isso em perspectivas respectivamente distintas. Por isso, diferenciação sistêmica é um processo de aumento de complexidade – com consequências significativas para aquilo que, então, ainda possa ser observado como unidade do conjunto do sistema. (LUHMANN ; 2016, p. 35)

De certo modo, a diferença entre os subsistemas mantém unido o sistema; os subsistemas são diferentes, não indiferentes. Caso os subsistemas fossem indiferentes, não haveria comunicação e não poderiam fazer parte de um mesmo sistema (maior). Mediante sua diferenciação interna, o sistema ganha em sistematicidade; ele ganha uma segunda versão de sua unidade. As diferenciações internas possuem os mesmos limites do sistema já pré-definido e tratam o domínio assim delimitado como um ambiente especial, no qual outros subsistemas podem se formar. O ambiente desse subsistema, por encontrar limites identificáveis, é bem menos complexo.

2.5 A Constante Perturbação Sistêmica para a Busca da Estabilidade e a Falsa Noção do Equilíbrio

Um dos primeiros modelos da teoria dos sistemas é o orientado pela metáfora do equilíbrio, cujo termo já era empregado no século XVII no conceito de *balance of trade* (equilíbrio do mercado internacional), cuja teoria defendia a política econômica de um determinado país deveria ser acumular materiais essenciais (ouro, prata) para se fortalecer economicamente através do sistema de exportações/importações. Na economia, esta busca por um equilíbrio já vinha sendo criticada há séculos por economistas de escol como Adam Smith¹³.

¹³Esta específica teoria do equilíbrio de mercado já era duramente criticada por Adam Smith antes dos aspectos gerais da teoria do equilíbrio ser criticada, também, pelas ciências sociais: “Smith believes the identification

No caso das demais ciências, entretanto, a noção de “equilíbrio sistêmico” passou a ganhar corpo, ao ponto de Luhmann, inspirado na crítica de Easton, a chamar de uma grande metáfora:

[...] a metáfora alude a um estado de fragilidade, na medida em que qualquer perturbação – se imaginada numa balança – conduz ao desequilíbrio. Esse desenho desenvolve, assim, uma grande sensibilidade face às perturbações e leva a resultados que buscam privilegiar o equilíbrio. O modelo não é propriamente uma teoria, mas a manifestação de um estado específico, que permite perceber claramente a relação entre estabilidade e perturbação.

Na tradição do pensamento sociológico, conferiu-se ao equilíbrio uma alta valorização, enquanto teorias baseadas na noção de perturbação foram evitadas. Isso é válido, principalmente, para a teoria econômica, ou as teorias que enfatizam o equilíbrio entre os distintos fatores (LUHMANN, 2011, p. 60-61).

Com muita propriedade, Luhmann destaca que o “equilíbrio” não chega a ser uma teoria, mas sim um determinado “estado”. O grande pecado de seus teóricos seria imaginar que os sistemas estariam em um constante equilíbrio, sofrendo poucas perturbações e, por esta razão, os estudos sobre as perturbações/irritações sistêmicas tivessem sido relegados a segundo plano. Em outras palavras, o equívoco segundo Luhmann estaria no foco do equilíbrio como elemento de primeira importância ao invés de foco nas perturbações sistêmicas. Tal ideia também é compartilhada por Jean Clam quando afirma que “sistemas são intrinsecamente instáveis” (CLAM, 2006, p. 149). Inclusive, Luhmann é muito claro ao afirmar que “há sistemas que não estão em equilíbrio, mas são estáveis (ou podem sê-lo)” (LUHMANN, 2013, p. 137).

De fato, é no desequilíbrio que os sistemas chegam à sua estabilidade¹⁴. Nesse ponto, a imagem de um sistema é muito parecida com a de um avião em rota de voo. Ele irá passar

between wealth and money leads to the special concern that authors of the commercial system place on the balance of trade. The balance of trade is the only way for a country with no mines to accumulate gold and silver and therefor ‘it necessarily became the great object of political economy to diminish as much as possible the importation of foreign goods for home-consumption, and to increase as much as possible the exportation of the produce of domestic industry. Smith considers there is nothing ‘more absurd’ than this doctrine as the foundation of all the regulations of commerce. Economic policy, according to Smith, passes from one useless concern, the ban of metal exports, to another even more useless and more complex, the regulation of imports and exports. This means abandoning internal trade, the ‘trade in which equal capital affords the greatest revenue, and creates the greatest employment. The doctrine of the balance of trade leads to a misallocation of resources.

This particular concern for foreign trade reveals the partial character of these policies because those who promoted them ‘did not really know how foreign trade enriched the country’, they only knew it enriched themselves. The tenants of this view do not realize, according to Smith, that free trade is always advantageous. The benefit of commerce, says Smith, is not bringing money into the country, but promoting industry, manufactures and opulence” (PRIETO : 2006, p. 227)

¹⁴ David Easton, analisando a teoria do equilíbrio na ciência política, afirma que alguns sistemas políticos podem apostar no desequilíbrio para se manterem no poder, o que retira a noção de equilíbrio como uma norma maior a ser perseguida: “Numerosas dificuldades conceituais e empíricas colocam-se no caminho da utilização efetiva da

por diversas perturbações – praticamente inevitáveis por todo o voo (correntes de ar, baixas temperaturas, turbulências) – e o que define o sucesso de seu voo são as operações internas, os desequilíbrios provocados para a alteração do traçado retilíneo, enfim, é o enfrentamento das diversas perturbações que ocorrerão em todo o trajeto. Em juízo análogo, a engenharia aeronáutica foca no equilíbrio da aeronave ou presta atenção nas previsíveis perturbações que o sistema da aeronave possa ter durante o voo? O equilíbrio é uma consequência do estudo e enfrentamento das perturbações? Ao adaptar essas perguntas para as demais ciências, percebe-se que o equilíbrio nada mais é do que um determinado estado atingido a despeito de todas as perturbações sofridas.

O mesmo se dá com os sistemas. O constante foco nas forças que podem desestabilizar um dado sistema é o primeiro e mais importante objeto de estudo:

A perturbação chega a sugerir, inclusive, uma perspectiva de potencialização do sistema, na medida em que este pode ficar permanentemente exposto às alterações e continuar sendo estável. De qualquer modo, essa compreensão da estabilidade a partir do desequilíbrio se dissocia da tradição conceitual que tratou o desequilíbrio na direção do binômio estabilidade/perturbação.

O modelo do desequilíbrio possibilitou que se vislumbresse uma teoria geral dos sistemas. (LUHMANN, 2011, p.61)

2.6 O Subsistema Jurídico

2.6.1 O Posicionamento do Direito em Face dos demais Subsistemas Sociais

Conforme explicitado por Luhmann, a sociedade moderna caracteriza-se por sua diferenciação funcional, havendo no interior da sociedade vários subsistemas funcionais com

ideia de equilíbrio na análise da vida política. Entre elas existem duas particularmente importantes aos objetivos presentes. Em primeiro lugar, a abordagem de equilíbrio dá a impressão de que os membros de um sistema têm apenas uma finalidade básica quando procuram lidar com a mudança ou distúrbios: restabelecer o antigo ponto de equilíbrio ou mudar para um novo. Isso é habitualmente chamado, pelo menos implicitamente, de procura da estabilidade, como se acima de tudo se buscasse a estabilidade. Em segundo lugar, pouca ou nenhuma atenção é explicitamente dada à formulação de problemas relacionados ao caminho que toma o sistema na busca do retorno ao suposto ponto de equilíbrio antigo, ou à obtenção de um novo ponto. É como se os caminhos tomados para a manipulação dos deslocamentos fossem uma consideração teórica mais incidental do que central. É, porém, impossível compreender os processos subjacentes à capacidade de qualquer espécie de vida política de sustentar-se numa sociedade, se os objetivos ou a forma das respostas são tomados como fato consumado. Um sistema pode perfeitamente ter outras finalidades que não a de alcançar um ou outro ponto de equilíbrio. Muito embora a ideia de um estado de equilíbrio devesse ser usada apenas como norma teórica que não é adquirida, tal concepção ofereceria uma aproximação teórica da realidade bem menos útil que outra que levassem conta outras possibilidades. Seria de maior auxílio conceber uma abordagem conceitual que reconhecesse que os membros de um sistema podem, ocasionalmente, querer agir de forma positiva para a destruição de um equilíbrio anterior, ou mesmo obter qualquer novo ponto de desequilíbrio contínuo. Este é o caso típico das autoridades que procuram manter-se no poder criando tumulto interno ou perigos externos. (EASTON, 1970, p. 188-189).

os seus respectivos códigos binários (ter/não ter; situação/oposição) que contrastam entre si e somente adquirem sua funcionalidade perante seus respectivos subsistemas. O sistema legal é um subsistema do grande sistema social (LUHMANN, 2004, p. 72).

A despeito do fechamento operacional de vários subsistemas sociais, consistindo em operações internas de acordo com suas regras próprias (sob pena de não poderem ser classificados como sistemas), os subsistemas sociais possuem aberturas cognitivas, onde os diversos subsistemas se comunicam. Em suma, o direito “é um subsistema cuja reprodução autopoietica basal se fecha operacionalmente ao redor das expectativas normativas, sem que isso implique um isolamento cognitivo em relação ao seu ambiente” (GONÇALVES; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p.112).

Conforme será estudado mais detalhadamente em capítulo próprio e diante das regras processuais, o direito é aberto cognitivamente e operacionalmente fechado. Isso quer dizer que o direito tem suas pontes comunicativas com diversos outros subsistemas sociais, mas o processamento destas comunicações dentro do subsistema jurídico se dá através de códigos e programas próprios.

Uma das principais funções do direito é regular as expectativas comportamentais, que pode ser considerada como uma das fontes de irritação sistêmica. E ele o faz através de um sistema próprio de comunicação com os demais subsistemas sociais, como a política, a economia, a religião, dentre outros. Os demais sistemas se comunicam com o direito porque a expectativa regulatória ligada ao direito – com poderes sancionatórios à luz da teoria de Lourival Villanova - é exercida por este e mais nenhum outro sistema.

As expectativas comportamentais possuem duas fortes aberturas cognitivas. A primeira abertura se dá no parlamento, ínsita ao sistema político, e a segunda nos tribunais. Nas duas situações, há processos comunicativos distintos, com operações fechadas e típicas do subsistema social em comento. As votações políticas definem o conteúdo normativo do projeto e os tribunais decidem como devem ser interpretadas as legislações.

No sistema político ocorre a primeira comunicação através do processo de formação das leis. Esta formação é feita através de operações próprias da política que são reguladas pela parte do direito político (processo legislativo). Tanto no sistema político quanto no sistema jurídico existem as expectativas comportamentais, ou seja, em ambos os sistemas as condutas de acordo com os valores sociais ganham importância e destaque. Embora as expectativas comportamentais existam em diversos sistemas (político, jurídico, econômico, religioso) posto serem inerentes ao grande sistema social como um todo, as operações internas para seu processamento são bastante distintas.

Política e direito passam a ter uma ponte comunicativa forte, uma espécie de acoplamento. Para ter coesão, política e direito passam a trabalhar com as expectativas comportamentais em três ordens distintas e interligadas, pois estas irritações sistêmicas, provenientes da política, se irradiam para o direito. Em cada um desses sistemas, as expectativas comportamentais são trabalhadas em códigos próprios.

Estas expectativas comportamentais da sociedade chegam em primeira ordem no sistema político através dos *inputs* dos grupos sociais que ganham legitimidade para a apresentação de suas reivindicações. Estes *inputs* podem advir de diversos subsistemas sociais e precisarão de processo de legitimação parlamentar para prosseguirem adiante.

A segunda ordem de expectativa comportamental surge quando a legislação é aprovada no parlamento: ela ganha o *status* de lei com poderes sancionatórios. O sistema político passa a trabalhar, portanto, com duas ordens de expectativas comportamentais (irritações) que geram a juridificação da expectativa. As normas jurídicas daí produzidas constituem um arcabouço de expectativas simbolicamente generalizadas para o futuro com redução da liberdade comportamental (LUHMANN, 2016a, p. 171-172). Após a promulgação da lei, as expectativas comportamentais de segunda ordem são transferidas do sistema político para o sistema jurídico, que passa a ser o seu guardião institucional e operar por seus códigos próprios.

No sistema jurídico, as expectativas comportamentais passam a ser experimentadas na prática. Uma lei legitimamente produzida passará a ser contrastada com o comportamento social, que possui a faculdade de cumpri-la ou não dentro do livre arbítrio sem descartar a possibilidade de interpretações divergentes da lei dentro da mesma comunidade. Uma vez violada a legislação e o Judiciário provocado, os tribunais passarão a dizer qual a expectativa comportamental adequada aos valores legitimamente instituídos por dada sociedade. Ao dizerem o direito, os tribunais operam na terceira ordem de expectativas comportamentais, qual seja, a ordem jurisdicional, submetidas a sanção pós-processual. Visto de uma outra forma, o direito também pode ser compreendido como o administrador dos custos sociais da vinculação de expectativas.

Esta terceira ordem de expectativas comportamentais, analisadas dentro do centro decisório do sistema jurídico, se dividem em três grupos, que são:

- a) expectativas comportamentais *intuito personae*, que são as expectativas decididas em litígios individuais;

- b) expectativas comportamentais coletivas, difusas ou individuais homogêneas, que advém dos litígios coletivos, entendidos estes oriundos das ações tipicamente coletivas brasileiras regradas pela coisa julgada *secundum eventum litis*¹⁵;
- c) expectativas comportamentais *erga omnes stricto sensu*, que são aquelas derivadas dos procedimentos que produzem precedentes vinculantes, cuja carga de eficácia sancionatória é maior e são produzidas independentemente do resultado final do processo (se procedente ou não a ação).

Percebe-se que através das três ordens de expectativas comportamentais, ligadas à abertura cognitiva que o direito possui através de suas pontes comunicativas especiais, faz com que o direito possa considerar fatores externos (como a economia, a ciência, a religião, a política¹⁶) ao produzir as suas decisões. Estas decisões podem produzir novas normas jurídicas a par das já existentes (como no caso da Súmula Vinculante sobre nepotismo¹⁷), que voltam ao seio da sociedade e produzem novas irritações sociais (uma espécie de *feedback*)¹⁸.

¹⁵ De acordo com o artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a coisa julgada nas ações coletivas possui como regra base o sistema exclusivamente protetivo do consumidor, não fazendo coisa julgada material se a ação civil pública for julgada improcedente ou extinta por insuficiência de provas. Sua sistematização ficou assim assentada: a) se a ação coletiva é julgada improcedente por insuficiência de provas, qualquer outro legitimado poderá propô-la novamente, havendo apenas aqui a coisa julgada formal, com a condicionante de que a ação poderá ser novamente ajuizada com novos documentos suficientes à prova dos fatos alegados; b) se a ação coletiva é rejeitada por motivo que não a insuficiência de prova, a sentença judicial fará coisa julgada *erga omnes* contra todos os co-legitimados ativos para a ação coletiva. Os particulares – titulares de direitos individuais – não são alcançados pela sentença de improcedência coletiva no mérito, desde que não tenham participado do processo como litisconsortes do substituto processual; c) se a ação coletiva é julgada procedente, os particulares serão beneficiados pelos efeitos da sentença, desde que não tenham ingressado em juízo ou, se o tiverem, tenham requisitado a suspensão do processo dentro de 30 dias do conhecimento nos autos do ajuizamento daquela ação coletiva.

¹⁶ A comunicação da política com o direito pode se dar, em determinados casos, com a suspensão provisória de determinadas decisões judiciais, quando o processo ainda está em curso. É o que ocorre com o incidente processual da suspensão de segurança, em que o Estado pode ingressar diretamente no órgão político do Judiciário (Presidência dos Tribunais), postulando a suspensão de uma dada ordem judicial por ofender a interesses públicos previstos em lei, como a ordem, a saúde, a economia e a segurança pública. Nessa operação interna ao direito (interna por estar prevista em lei) o Presidente do Tribunal irá determinar, ou não, a suspensão de uma dada ordem provisória de um magistrado fundado na ofensa a um desses interesses públicos específicos, relegando a segundo plano a existência de ofensa ou não a normas especiais aplicáveis ao caso.

¹⁷ A SV 13 terminou por criar uma nova norma dentro do ordenamento brasileiro ou apenas declarou uma norma já existente, mas implícita no ordenamento? A despeito desta importante discussão, importa ressaltar que existia, antes da SV 13, uma ampla nomeação de parentes para diversos cargos de confiança, com abusos manifestos. Após a SV 13, diversos casos foram julgados e os atos de nomeação anulados. Na prática, se a norma existia antes, ela carecia de eficácia; com a SV 13, a eficácia tornou-se imediata e os efeitos passaram a ser plenamente identificáveis. Analisando a SV 13 sob a ótica do *feedback*, passou-se também a proibir a nomeação de cônjuges em relação homoafetiva, bem antes do julgamento do STF sobre a possibilidade de uniões homoafetivas no Brasil. Ou seja, ao ser publicada, a SV 13 passou a produzir mais e mais efeitos não previstos ao momento de sua publicação provando que, uma vez publicada, ela passou a produzir vários *feedbacks* distintos.

¹⁸ Dentro do mesmo exemplo da suspensão de segurança, tem-se o caso por nós enfrentado das greves dos policiais militares, proibidas pela Constituição, mas exercidas na prática há mais de 20 anos. Com a greve dos militares, o policiamento ostensivo na sociedade é suspenso e a criminalidade aumenta, trazendo prejuízos para a segurança e a economia pública, já que, sem segurança nas ruas, a população se recusa a consumir e há diminuição de arrecadação tributária. A decretação de ilegalidade de greve por parte da Presidência do Tribunal

Os subsistemas sociais continuam a se reproduzir mediante operações recursivas internas, sendo que os fatos externos – oriundos da comunicação sistêmica - passam a ser reconstruídos internamente em cada sistema envolvido. Em outras palavras, a decisão judicial, ao retornar à sociedade, produzirá contínuas mudanças. Neste enfoque, o modelo do cientista político David Easton (a ser visto mais adiante) é importante não apenas para a política, mas sobretudo para o direito, em especial na aplicação da teoria do precedente vinculante, quando ele analisa o moto-contínuo das constantes evoluções sociais em interação com o sistema político.

2.6.2 A Questão da Justiça

Para o sistema jurídico, a justiça funciona como uma espécie de “fórmula de contingência” do sistema jurídico, cuja finalidade primordial seria justamente fornecer um controle de consistência das decisões judiciais. A ideia de justiça não se resume a uma decisão judicial, o que a conduziria ao decisionismo. A ideia de justiça é maior. Mas o que vem a ser conceituado como justiça?

Justiça não pode ser considerada um valor social, mas sim um símbolo da congruência da generalização das expectativas normativas. Sua função primordial é estabilizar as expectativas normativas desenvolvidas pelo direito e, nesse ponto, Luhmann se afasta dos paradigmas atrelados ao direito natural. A função da justiça é a de estabilizar o sistema sem se posicionar como uma espécie de norma ou valor social superior. É uma forma de contingência que se liga estritamente à própria consecução da função do subsistema jurídico e que, ademais, se situa no interior deste e não para além dele. Se a justiça fosse considerada um valor superior e, portanto, externo ao próprio subsistema jurídico, isso poderia destruir a sua autorreferência (GONÇALVES ; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 121).

Enquanto fórmula de contingência, a justiça não visa medir o grau de perfectibilidade do subsistema jurídico, mas permitir a generalização congruente de expectativas. Um ponto de destaque é que essa generalização precisa ser congruente, não necessariamente justa. Assim, há possibilidade de que existam ordenamentos jurídicos injustos sem que, com isso, seja possível afirmar que a autopoiese operativa desse subsistema ou seu código possam ser justos. (GONÇALVES ; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 123).

Conforme se observa, a teoria de Luhmann se aplica com perfeição ao atual sistema jurisdicional brasileiro, abarrotado de processos. A justiça é, em suma, uma fórmula de

gera reflexos de volta na sociedade e este *feedback* traz novas formas de exercício e controle do movimento grevista.

contingência, que tem a função de garantir o controle de complexidade do subsistema jurídico que, como se sabe, é submetido a enormes pressões por parte de seu ambiente (vide, no presente momento e em diversos outros oriundos da história do direito do trabalho, as pressões pela flexibilização da CLT presentes no campo da política e do direito). O direito – em especial os tribunais – estão sobrecarregados de demandas que não podem ser cumpridas em um dado tempo eficaz por conta de sua hipercomplexidade. Compete ao sistema do direito, segundo Luhmann, reduzir o grau da complexidade “sem que isso, entretanto, implique solipsismo dogmático baseado no fechamento operativo” (GONÇALVES ; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 123).

Como uma espécie de norma dirigida a todos os programas condicionais que compõem o direito, a justiça, que em si mesma não pode ser considerada um programa condicional, consiste apenas num esquema para a obtenção de razões ou valores que, por sua vez, só se tornam válidos por meio de sua conversão em programas sociais (GONÇALVES ; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 123).

Ao determinar a estabilização das expectativas comportamentais, a justiça termina por trazer o valor da igualdade para o seu interior interpretativo que, por sua vez, expressa um valor formal que consigna todos os conceitos de justiça, não obstante signifique apenas regularidade e consistência. A igualdade é um princípio que se autofundamenta e regula a congruência jurídica, racionalizando o direito. De fato, sendo a decisão justa ou injusta, ela o será para todos e se terá um sistema internamente consistente, embora, em alguns casos, possa ser manifestamente injusto¹⁹. A justiça torna-se a implementação uniforme do direito, por causa de sua vigência. Isso significa que o que se pode reputar como um direito justo consiste na aplicação universal de critérios para a decisão sem que haja a consideração das pessoas implicadas (GONÇALVES ; VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 125)²⁰.

¹⁹ Nesse ponto, urge lembrar o famoso caso norte-americano *Pace vs Alabama*, onde diversas leis, baseadas na doutrina da supremacia branca, proibiam e criminalizavam os casamentos entre pessoas de “cores” diferentes, classificados legalmente como “adultério racial”. Este caso, iniciado em 1881 em Alabama, chega em 1883 à Suprema Corte, que aduz ser o casamento inter-racial uma ameaça à nação e a lei penal local não seria inconstitucional por ofensa ao princípio constitucional da isonomia, porque brancos e negros seriam punidos igualmente... (SOLLORS : 2000, p. 27).

²⁰ Nesse ponto e continuando o caso anterior, apenas com o caso *Loving vs Virginia* que, em 1967 (e após uma ampla mudança cultural na sociedade) que a Suprema Corte declarou, em *overruling*, que as leis anti-miscigenação eram manifestamente inconstitucionais por ofensa ao princípio do *due process of law* e contrário à declaração de independência dos EUA, na parte do princípio da “busca da felicidade” (GOLD : 2008, p 58). Tal caso serviu de parâmetro interpretativo de precedente no caso das uniões homoafetivas que se deu no processo *Obergefell et al vs Hodges, Director, Ohio*, cujos preceitos também foram aplicados, dentre outros (MILLER, 2015, p. 23).

2.6.3 O Posicionamento dos Tribunais dentro do Sistema do Direito

2.6.3.1 *Os Tribunais na Visão de Luhmann*

No sistema brasileiro, existe uma multiplicidade de tribunais que se assemelham e se devem respeitar como iguais, como é o caso dos tribunais ordinários (Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho); entretanto, eles fazem parte de um sistema escalonado que parte do juízo de primeiro grau até o último Tribunal Superior competente (STF, STJ, TST). Pode existir igualdade em determinados tribunais (como também em relação aos juízes), mas eles se escalonam, se hierarquizam e fazem parte de um sistema próprio de jurisdição. E aí vem a pergunta: que papel possuem os tribunais *lato sensu* dentro do sistema jurídico brasileiro e mundial?

Tomando-se essas disposições, é de se indagar também como são feitas as diferenciações internas ao sistema do direito. Essa pergunta, segundo Luhmann, não pode ser respondida fazendo-se uma alusão aos diversos campos jurídicos (direito constitucional, administrativo, trabalhista), tampouco se trata de distinções como entre direito público e privado, bem como também não poderia enveredar na divisão simplista entre legislação e jurisprudência. Do ponto de vista da teoria da diferenciação, importa, em primeiro lugar, o posicionamento dos tribunais como um sistema parcial diferenciado do direito (LUHMANN, 2016a, p. 399).

Para resolver essa questão, é necessário um levantamento histórico que trouxe à luz a distinção entre legislação e jurisprudência, que depende da diferenciação de suas operações internas correspondentes. No Século XVIII, o juiz aplicava a lei de acordo com as instruções do legislador. O legislador, ao seu turno, empreenderia uma “viagem às cegas” se não levasse em consideração o modo como as novas leis viram a se integrar no conjunto das premissas de decisão dos tribunais. O direito passa a observar a si mesmo como uma observação de segunda ordem (a primeira ordem seria a do legislador, à qual estaria intimamente vinculado). O juiz deveria procurar entender a intenção do legislador, ou seja, o modo como este observou o mundo para só então vir a julgar. Nessa época, foi desenvolvida a hierarquia entre legislação e jurisdição, concebida como hierarquia de instruções. O tribunal era concebido como sendo “um órgão executivo da competência legislativa, e a metódica jurídica, como simples dedução”. Hoje, sabe-se que a realidade não comporta tal interpretação (LUHMANN, 2016a, p. 404).

A partir do Século XX, o modelo hierárquico tem sido enfraquecido em função das mudanças culturais e em relação ao legislador, que apenas outorga uma espécie de ponto de

partida para a interpretação. Os poderes de interpretação do juiz, ao seu turno, têm aumentado no mundo inteiro. Discute-se cada vez mais a interpretação dos contratos, a pluralidade de métodos nas interpretações das leis, princípios que podem iluminar a interpretação das regras. A obrigação de decidir e a liberdade que surge precisamente ao serem buscadas razões (sempre questionáveis) para se chegar a uma decisão acabam restringidas pelos pontos de vista sobre a justiça. “E é essa tríade entre obrigatoriedade, liberdade e restrição que produz o direito. Com mais legislação, sempre surgem mais decisões tomadas pelos juízes” (LUHMANN, 2016a, p. 406).

A decisão passa a ser considerada o produto do sistema organizacional do direito, ocupando sua função central. Através da organização própria do sistema jurídico, os tribunais – para Luhmann – passam a ser essenciais para a autopoiese jurídica ao exercerem o poder decisório, sobretudo porque os tribunais são contextos sistêmicos funcionalmente diferenciados. É nos tribunais em que se exerce o mecanismo de inclusão e exclusão que distingue entre o que é direito e o que não é, exercendo a diferenciação sistêmica. Os tribunais, portanto, são essenciais para a fixação dos limites do direito e, *a fortiori*, de seu meio ambiente. Por esta razão, para Luhmann os tribunais passam a estar no centro do sistema jurídico.

Na atual sistemática de decisões, essa análise do decidir tem consequências significativas, por mais que, para os juristas, possam ser inaceitáveis. A relevância da decisão se encontra no fato de que ela não está determinada pelo passado (e isso inclui, para Luhmann, as leis emitidas, delitos cometidos); a decisão opera no âmbito de sua própria construção, que é o presente. A decisão passa a ter consequência para os presentes (pessoas presentes) no futuro. Segundo Luhmann:

A decisão pressupõe o passado como invariável e o futuro como variável, e precisamente por isso ela inverte a relação de determinação: ela não se deixa determinar pelo passado, mas procura fazer a diferença no futuro, ainda que esse defeito de determinação não possa se efetuar, porque o futuro espera que haja mais decisões. Por mais problemas que se venha a ter com isso, pode-se bem compreender por que os tribunais atentam para as consequências de suas decisões e tratam de legitimá-las por meio da valorização das consequências. Na realidade, as consequências *strico sensu* de suas decisões não podem ser conhecidas (uma vez que outras decisões interviriam, e a informação ficaria incompleta); talvez isso, mais do que qualquer coisa, esteja na origem da ilusão que a decisão, no sistema do direito, possa ser determinada pelo passado entendido como procedimento (LUHMANN, 2016a, p. 413).

Por obviedade lógica, a decisão somente pode ser tomada validamente mediante jurisdição – e a organização da jurisdição seria aquele sistema parcial no qual o sistema do

direito tem o seu centro. Todos os demais campos de trabalho (não judiciais) do sistema do direito pertencem à periferia. Isso vale em especial para as atividades que comumente se caracterizam como “privadas”, que são a celebração de contratos, mas vale também para a legislação. Segundo Luhmann, para a periferia, não existe nenhuma obrigatoriedade de se decidir.

2.6.3.2 O Centro do Sistema Jurídico – Tribunais ou Centro Decisório?

Nesse ponto, a teoria de Luhmann merece uma crítica fundada no processo brasileiro que, a despeito de não desqualificá-la, em verdade a adapta ao nosso sistema (que é fruto de nossa cultura jurídica específica). Este pensamento de Luhmann pode se chocar com alguns métodos alternativos/legais de resolução de conflitos. Ao colocar a jurisdição dos tribunais no centro do direito, Luhmann não analisa as demais formas de solução de conflitos – portanto, situações em que as partes são obrigadas a decidir um pleito. Isso se dá em especial na arbitragem que, *mutatis mutandis*, poderia assumir uma forma de jurisdição privada deferida pelo Estado e assim assumir o seu lugar de jurisdição na concepção luhmanniana. Entretanto, há outras formas de solução de conflito diretamente pelas partes, como as previstas pelo novo CPC e aquelas que já eram utilizadas antes, como o caso dos conflitos resolvidos pelos órgãos consultivos do Poder Público, como as Procuradorias e Advocacias Gerais com caráter de decisão. Por diversas vezes, conflitos entre o particular e o Poder Público são resolvidos através de pareceres que fundamentam decisões administrativas, até mesmo contra a vontade do administrador, que se vê obrigado a prestar/não prestar uma dada obrigação. Assim, arbitragem e processos administrativos poderiam ser consideradas novos centros decisórios do direito que, ao lado dos tribunais, passam também a ocupar função central no direito por decidirem conflitos.

Ao invés de se colocar os tribunais como centro do direito, o sistema jurídico brasileiro posiciona o seu produto mais importante no poder decisório, que será exercido com prevalência e hierarquia pelos tribunais, mas também poderá ser exercido pelas arbitragens (em caráter definitivo) e decisões administrativas de cunho processual/decisório que podem – ou não – serem contrastadas perante os tribunais. Nos casos administrativos em que as partes concordam com a decisão administrativa fundada em parecer do corpo jurídico, os tribunais são dispensados da decisão final ou, excepcionalmente, serem chamados para dar executoriedade àquelas decisões. Inclusive, as decisões administrativas reiteradas e vinculantes dos órgãos públicos foram equiparadas às súmulas de tribunal superior e ao

microssistema de precedentes vinculantes no que tange à dispensa de reexame necessário (art. 496, § 4º, IV).

2.6.3.3 A Periferia do Sistema Jurídico

Fora dos centros decisórios legalmente institucionalizados, há a periferia do sistema jurídico. Nelas, não há a obrigatoriedade de decidir; nelas podem se apresentar interesses de quaisquer índoles e se impor com todos os meios disponíveis, sem que se venha ao caso a distinção de interesses conformes/não conformes ao direito. Por esta razão, os demais centros decisórios deferidos pelo ordenamento (como a arbitragem e decisões administrativas com pareceres) não podem ser consideradas periferias, tendo em vista que as decisões devem guardar respeito ao princípio da legalidade, em especial no direito administrativo. Daí a razão pela qual a periferia do sistema jurídico serve de zona de contato com outros sistemas de funções da sociedade, como a economia, a família, a religião e a política. Na periferia, as irritações se formalizam juridicamente; nela, o sistema garante sua autonomia ao não ter que decidir. Para Luhmann,

Assim, garante-se que o direito não funciona simplesmente como extensão, desprovida de vontade, de operações externas ao direito. O centro requer essa proteção – justamente porque a premissa com que opera segue na direção oposta. Por essa razão, os tribunais, se comparados com os legisladores e contraentes, trabalham num autoisolamento cognitivo de intensidade muito maior (LUHMANN, 2016a, p. 430)

A perspectiva de Luhmann inverte a concepção tradicional ao afirmar que os tribunais (ou centros decisórios legítimos) compõem o centro do sistema jurídico, remetendo o plano da legislação para a periferia desse subsistema, “periferia essa que, sendo fronteira em relação ao subsistema da política, teria por função implementar uma acomodação ou filtragem das irritações que, provenientes da política, se irradiam para o direito” (GONÇALVES, VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 129).

Ao se analisar o sistema jurídico brasileiro, percebe-se que a afirmativa de Luhmann é absolutamente precisa. Diversas leis advêm do sistema político e são julgadas inconstitucionais pelos tribunais ou, alternativamente, têm suprimida pontualmente sua eficácia em razão da aplicação de princípios. Nesse sentido, a legislação efetivamente faz parte da fronteira do sistema jurídico e não é considerada o seu centro. É ela quem sofre as maiores influências do meio externo e o poder decisório é chamado a dizer se a mesma é aplicável ou não.

A periferia é tida como zona de contato com os demais subsistemas funcionais da sociedade moderna e, por isso, ela é muito mais suscetível de irritações do que o centro de tal subsistema. A periferia “filtra” as pretensões do meio no que pertine ao ingresso no sistema, sendo que o centro decisório é o que vai dizer o que está e o que não está no sistema jurídico.

2.6.3.4 A Obrigatoriedade de Decidir como Elemento de Fechamento Operativo e Reprodução Autopoiética

O centro do sistema jurídico, analisando-o mais especificamente sob a ótica dos tribunais, por estar vinculado à necessidade de decisões consistentes, também é caracterizado pela proibição de denegação de justiça ou *non liquet*, obrigando-o sempre a decidir no caso concreto (desde que as partes, por óbvio, não incorram nas hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito).

Nesse sentido, o sistema processual brasileiro é jungido pelo princípio da primazia da resolução do mérito todas as vezes em que o juiz, percebendo que o processo possa prosseguir para ser apreciado no mérito ou ser extinto sem seu julgamento, deve optar pela decisão meritória (vide arts. 4º e 6º do CPC). No sistema jurídico francês, o artigo 4º de seu Código Civil vai além e atesta que “o juiz que se recusa a julgar, sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, pode ser processado como culpado de denegação da justiça” (LUHMANN, 2016a, p. 415).

A obrigatoriedade que os sistemas jurídicos imputam ao centro decisório em decidir os pleitos consiste num critério que serve para posicionar os tribunais (e os demais partícipes do centro) no centro do subsistema jurídico e, mais que isso, permitir o seu fechamento operacional, na medida em que proporciona sua continuidade recursiva e consequente reprodução autopoiética (GONÇALVES, VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 129).

2.6.4 O Acoplamento Estrutural no Direito

2.6.4.1 Noções Gerais sobre o Acoplamento Estrutural

O meio ambiente sempre produz ruídos na fronteira do sistema. Estes ruídos, classificados por Luhmann como irritações, podem ter a pretensão de ingressar e alterar o interior do sistema que teria, em tese, dois encaminhamentos: 1) torna-se indiferente à expectativa de ingresso, pelo que as irritações não conseguiriam perturbar o sistema; 2) aceita o seu ingresso, onde as irritações deverão agora se adequar às normas estruturais internas daquele sistema para produzir suas alterações. Luhmann conceitua as irritações como sendo o

desenvolvimento “do processamento de informação que só pode ser realizar dentro do sistema” (LUHMANN, 2013, p. 139).

Estas irritações são advindas, tradicionalmente, de outros sistemas, que abrem uma espécie de porta comunicativa intersistêmica, que despeja no sistema receptor vetores que trariam irritação ao sistema. Se a ordem interna do sistema é preservada no processamento dos novos vetores de irritação, tem-se que esta comunicação é chamada, a grosso modo, de acoplamento estrutural.

Na teoria biológica de Maturana, o acoplamento estrutural consiste no estudo da relação entre o meio ambiente e o sistema; Luhmann, em contrapartida, modifica o conceito com a finalidade de expressar a inter-relação entre diferentes sistemas autopoiéticos que são autônomos entre si.

De fato, Luhmann defende a tese de que as transformações das estruturas – que apenas podem ser realizadas dentro do sistema (sob pena de perda da autorreferência) – não se produzem ao bel prazer do sistema, mas devem se afirmar em um meio que o próprio sistema não pode perscrutar totalmente e não pode, afinal, incluir em si mesmo, através do planejamento. A pergunta fundamental é: como o sistema entra em relação com o meio, e quais instrumentos conceituais são necessários para apreender esta relação?

O conceito de acoplamento estrutural especifica que não pode haver nenhuma contribuição do meio capaz de manter o patrimônio de autopoiese de um sistema. O meio só pode influir causalmente em um sistema no plano da destruição, e não no sentido da determinação de seus estados internos (LUHMANN, 2011, p. 130).

Em outras palavras, a destruição do sistema pelo meio se dá quando o processo comunicativo não é mais possível e o meio passa a alterar a estrutura do sistema através de códigos operativos distintos do que o sistema costumava usar. Seria a interferência do ambiente que quebra as regras de operacionalidade interna em caráter definitivo, fazendo com que o sistema deixe de existir. Nesse ponto, a interferência do meio ambiente se dá na base da hierarquia e sem comunicação sistêmica. O resultado é a destruição do sistema. Ou seja, da mesma forma que os sistemas político ou econômico não podem intervir diretamente no sistema jurídico, também este não pode intervir nos demais subsistemas:

A partir da teoria dos sistemas, em virtude do aspecto autorreferencial do subsistema jurídico, fica excluída a possibilidade de sua instrumentalização pela política ou de sua submissão à economia, sem que disso decorra corrupção sistêmica. A autopoiese é incompatível com a sobreposição do código de um determinado sistema sobre outro, pois isso impediria que o sistema que sofre a intervenção ou o bloqueio de

outro efetive seu fechamento operacional e, conseqüentemente, seja capaz de construir sua identidade. (GONÇALVES, VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 134)

O meio ambiente somente se comunica validamente com o sistema, em um processo de irrigação mútua, através do acoplamento estrutural, o que significa dizer que a comunicação formada entre ambos é compatível com a autonomia do sistema. O acoplamento estrutural é uma inter-relação sistêmica. O sistema se comunica com o meio e, apenas através de seus sistemas operativos internos é que pode realizar as suas respectivas mudanças. Os acoplamentos estruturais admitem uma incontável variedade de formas, desde que todas sejam compatíveis com a autopoiese do sistema. A ênfase do acoplamento estrutural reside na compatibilidade comunicativa. Segundo Luhmann:

Nunca se deve perder de vista que o acoplamento estrutural é compatível com a autopoiesis, e que, por conseguinte, há possibilidades de influir no sistema, desde que não se atente contra a autopoiesis. Isso pode ser formulado de modo inverso: a linha de demarcação que divide o meio, enquanto aquilo que estimula ao sistema e aquilo que não o estimula – em que se realiza mediante o acoplamento estrutural – tende a reduzir as relações relevantes entre sistema e meio a um âmbito estrito de influência. Apenas desse modo, um sistema pode transformar as irritações em causalidade.

O sistema pode reagir a irritações e estímulos (perturbações, na linguagem de Maturana), não quando tudo pode influir no sistema, mas somente quando existem padrões altamente seletivos. Ou seja, o sistema reage apenas quando pode processar informação e transformá-la em estrutura. As irritações surgem de uma confrontação interna (não especificada, num primeiro momento) entre eventos do sistema e possibilidades próprias, que consistem, antes de tudo, em estruturas estabilizadas, expectativas. Portanto, não existe nenhuma irritação no meio do sistema, assim como não existe *transfer* de irritação do meio ao sistema; é sempre uma autoirritação (naturalmente posterior a influxos provenientes do meio) (LUHMANN, 2013, p. 132).

Diante das lições de Luhmann, é possível concluir que a seleção de acontecimentos ocorrida no meio – e aptas a produzir efeitos no sistema – é condição de possibilidade para que o sistema, com esse espectro tão seletivamente depurado, possa empreender algo. Ou, falando de uma forma mais abstrata: a redução de complexidade no acoplamento estrutural é condição para o aumento de complexidade no interior do sistema. Assim, os acoplamentos estruturais não determinam os estados do sistema, mas sua função primeira consiste em abastecer de uma permanente irritação o sistema, o que é condição *sine qua non* para o seu processo evolutivo.

2.6.4.2 A escolha da Tese Vencedora à Luz da Teoria do Acoplamento Estrutural de Nicklas Luhmann

Com uma sociedade hipercomplexa e hipercomunicativa, um dos grandes problemas dos sistemas é a necessidade de redução de complexidade para a tomada de uma decisão. O CPC/73 não tinha métodos suficientes para lidar com a instabilidade do ambiente decorrente de sua hipercomplexidade. Como resultado, as múltiplas decisões decorrentes de múltiplas vertentes adotadas (e antagônicas) não se sincronizava com perfeição ao sistema jurídico. Vitória ou derrota de uma tese por vezes passavam pelo elemento sorte na distribuição do recurso a uma das turmas de um dado tribunal.

Assim, é fácil perceber que o direito recebe um alto grau de irritação e perturbação ambiental na forma de conflitos que desaguam no Judiciário ano a ano advindos diretamente de seu meio ambiente e objetivando uma solução outorgada por uma autoridade. Nos processos coletivizados que geram decisões com efeitos vinculantes, a redução da complexidade dessas demandas que chegam aos tribunais competentes a níveis operacionalizáveis é uma questão de sobrevivência e funcionalidade dos próprios tribunais. As linguagens comunicativas tem de se adaptar à linguagem do direito, sob pena do processo de comunicação se tornar imperfeito.

Ao se observar o fenômeno de um julgamento de um processo coletivizado (conforme será demonstrado mais adiante), percebe-se que dentro de seu subsistema de julgamento há um meio ambiente repleto de teses oriundas de diversos outros sistemas sociais – em sua maioria antagônicas – que adentram no sistema jurídico através de suas periferias não decisórias (contratos, acordos coletivos trabalhistas, novas legislações, dentre outros). São teses econômicas, administrativas, civis, laborais. Trazem reflexos sociais, econômicos, políticos, alteram por vezes o sistema de segurança ou saúde públicas, afetando uma comunidade inteira (como no exemplo das ações civis públicas que visam a relotação de servidores públicos em delegacias ou quartéis ou nas ações em que se discutem os limites ao fornecimento de medicamentos à população). O julgamento escolhe uma delas e o acoplamento estrutural ocorre – por vezes invisível, imperceptível aos julgadores – preparando a decisão judicial para a saída do sistema como um *output* à luz da teoria de David Easton, a ser vista no item 02 deste capítulo.

Por este acoplamento estrutural, o sistema jurídico absorve a demanda advinda do seu meio ambiente e passa a operacionalizá-la de acordo com suas regras internas. Muitas vezes, o sistema oriundo do meio ambiente jurídico em acoplamento não sabe como se operam as decisões no direito (como é o caso da saúde pública – os médicos tradicionalmente não são afetos ao *modus operandi* jurídico), mas a decisão jurídica irá afetar uma parcela de sua conduta no futuro.

Noutros termos, os acoplamentos estruturais, ao canalizarem as irritações do ambiente jurídico, advindas dos outros sistemas sociais através dos recursos múltiplos sobre o mesmo tema, pressionam e aumentam a seletividade do sistema, que vê no regramento para a redução de complexidade um estágio necessário para uma maior eficiência do sistema jurídico.

2.6.5 O Traço Significativo do Direito

Ao analisar o sistema jurídico, Luhmann o trata como, simultaneamente, “aberto em termos cognitivos e fechado em termos operativos” (TRINDADE, 2008, p. 19), o que é uma característica de todos os sistemas sociais. Luhmann, de fato, parte da teoria da comunicação sistêmica como um dos traços de sua teoria dos sistemas sociais.

O sistema jurídico – em especial o subsistema de formação dos precedentes vinculantes – possui determinadas aberturas em prol de outros sistemas sociais (como a economia, a religião, a política). Através da participação de *amicus curiae* (conforme será visto em capítulo próprio), a ponte cognitiva para outros sistemas é aberta; entretanto, o processamento do problema se dará através de operações exclusivas do direito. É de se destacar que no processo normal de decisão, o sistema jurídico não se observa como “sistema no ambiente” e sim como um aglomerado de textos jurídicos mutuamente referidos entre si. Aliás, é por esta razão que os juristas aludem à “intertextualidade para referir-se ao sistema jurídico (GONÇALVES, VILLAS BÔAS FILHO, 2013, p. 131). Para desenvolver a sua função específica e reguladora, o direito não deve apenas supor a existência de seu ambiente, mas deve ser capaz de se bem relacionar com ele. Cognitividade aberta e operacionalidade fechada: eis o traço significativo do direito e significativo do sistema de precedentes vinculantes.

2.7 O Paralelo entre o Modelo Sociológico de Nicklas Luhmann, o Modelo de Ciência Política em David Easton e a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição em Peter Häberle

2.7.1 O Modelo Sistêmico Proposto por David Easton

Na seara do sistema político, uma das maiores metas é compreender exatamente qual o papel do Estado no desenvolvimento e provimento das necessidades de uma dada sociedade. O sistema político é um sistema eminentemente complexo e, neste ponto, muito símile ao nosso recente sistema jurídico/processual coletivizado, com diversas variáveis sociais constantemente sendo introduzidas em seu interior, onde se dá uma catálise das mais diversas

forças que produzem políticas públicas e normas jurídicas que refletem a predominância de uma linha política (ou jurídica) em um dado momento histórico. O que distingue o sistema político dos demais é a sua função principal: selecionar as metas coletivas da sociedade ao mobilizar os recursos necessários para sua realização, assim como a adoção das decisões sociais. (MITCHEL: 1979, 722)²¹.

David Easton é o primeiro grande cientista político que desenvolveu uma estrutura sistemática com base na abordagem de análise de sistemas para o estudo da política em vez de apenas adaptá-la à antropologia ou à sociologia. Ele selecionou o sistema político como a unidade básica de análise e concentrou-se no comportamento intra-sistêmico como áreas principais de investigação em ciências sociais. Ele definiu o sistema político como um conjunto de interações e políticas como formador de alocação de valores com autoridade (JOHANI, 1982, p. 115)²².

Ao definir o que seja o sistema político, Easton o traça como sendo como “um conjunto de interações, abstraídas da totalidade do comportamento social, através das quais são assegurados autoritativamente valores para uma sociedade. As pessoas que estão neste processo de entabular tais interações, ou seja, que estão atuando em regras políticas, serão referidas genericamente como membros desse sistema” (MENA, 1986, p. 3).

Easton problematizou a enorme produção de dados quantitativos e qualitativos gerados pela ciência social da década de 1950 e, ao mesmo tempo, detectou a ausência de uma teoria sistemática para avaliar esses dados.

Apesar das variáveis sociais que conseguem adentrar em seu sistema, o ambiente externo do sistema político é muito mais complexo e que gera grandes focos de tensões (na linguagem de Luhmann, irritações sistêmicas); existe uma espécie de filtro que canaliza e retira a hipercomplexidade do ambiente para possibilitar a discussão interna. O meio ambiente penetra no sistema político através de vetores qualitativo/socialmente relevantes, que levam em seu interior a redução da hipercomplexidade do ambiente externo.

²¹ No original em espanhol: “*Seleccionar los fines colectivos de la sociedad, al movilizar los recursos necesarios para su logro, así como la adopción de las decisiones sociales.*” Este tipo de distinção vai, contudo, aos poucos diminuindo em relação ao sistema do direito. Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, através do RE 566471 – RN, está discutindo o direito ao recebimento de medicamentos do Poder Público pela população, mesmo que esteja fora da listagem do SUS. Tal processo interfere diretamente no sistema político vigente, pois tem o poder de dizer quais são os fins coletivos de nossa sociedade ao determinar, em decisão jurisdicional que é também política, a alocação de recursos necessários para este fim.

²² No original em inglês: “David Easton is the first major political scientist who has developed a systematic framework on the basis of the systems analysis approach for the study of politics instead of merely adapting it from anthropology or sociology. He has selected political system as the basic unit of analysis and concentrated on the intra-system behavior of various systems as principal areas of social science research and investigation. He has defined political system as a set of interactions and politics as making authoritative allocation of values.”

De outro turno, Easton com muita propriedade afirma:

Na organização interna de um sistema político existe uma propriedade crítica compartilhada com todos os outros sistemas sociais, que é a capacidade extraordinariamente variável de respostas às condições nas quais funciona. Realmente, os sistemas políticos acumulam amplas reservas de mecanismos pelos quais podem tentar mediar com os demais contextos. Através desses mecanismos, podem regular seu próprio comportamento, transformar sua estrutura interna e até mesmo reformular seus objetivos fundamentais. Poucos são os tipos de sistema, além dos sociais, que têm essa potencialidade. Na prática, aqueles que estudam a vida política não podem deixar de levar esse aspecto em consideração, pois se não fosse assim uma análise não despertaria sequer o bom senso. Contudo, essa potencialidade raramente é transformada numa estrutura teórica como componente central; suas implicações para o comportamento interno dos sistemas políticos certamente nunca foram estabelecidas e exploradas. (EASTON, 1970, p. 187).

Antes de se adentrar no modelo eastoniano de análise política (que muito se assemelha a um círculo), Antonio Ortiz Mena traz um interessante glossário sobre os principais conceitos eastonianos para a compreensão de sua proposta (MENA, 1986, p. 2):

- a) Sistema: trata da utilidade de considerar a vida política como um sistema de conduta;
- b) Ambiente: um sistema pode se distinguir do ambiente em que existe e está aberto a influências que o precedem;
- c) Resposta: as variações que se produzem nas estruturas e processos dentro de um sistema podem ser interpretados como esforços alternativos construtivos ou positivos por parte dos membros do sistema, para regular o fazer frente a uma tensão que procede tanto das fontes ambientais como internas;
- d) Retroalimentação (ou *feedback*, que é um conceito usado em uma variedade de campos, incluindo biologia, engenharia mecânica e cibernética, para citar alguns): é a capacidade de um sistema para subsistir frente a uma tensão (ou irritação) em função da presença e natureza da informação e das demais influências, as quais retornam a seus atores e aos que tomam as decisões. Em comparação, Luhmann trata de forma símile o mesmo problema. Ao invés do conceito de *feedback*, ele utiliza o *re-entry*, conceito advindo da álgebra e da aritmética por George Spencer Brown: (*re-entry*) “significa paradoxalmente a ‘reentrada’ de uma forma na forma ou da distinção naquilo que foi distinguido (*draw a distinction*). [...] Dessa maneira, a diferenciação entre sistema (*System*) e ambiente (*Umwelt*) se apresenta ‘duas vezes: como distinção produzida pelo sistema e como distinção observada pelo sistema” (VIANA, 2011, p. 114).

O feedback refere-se ao processo pelo qual as saídas de um sistema geram sinais que retornam às entradas do mesmo sistema e afetam suas saídas futuras. David Easton aplicou a teoria dos sistemas ao estudo da política e o *feedback* é um elemento chave na sua teoria. Normativamente neutro, o uso do conceito de feedback tem o mérito de não colocar um valor ideologicamente derivado em algumas formas de *feedback* sobre os outros. O *feedback* ocorre em todos os sistemas políticos – democráticos, autoritários, totalitários, dentre outros (BUSH, 2016, s/p). Para Easton,

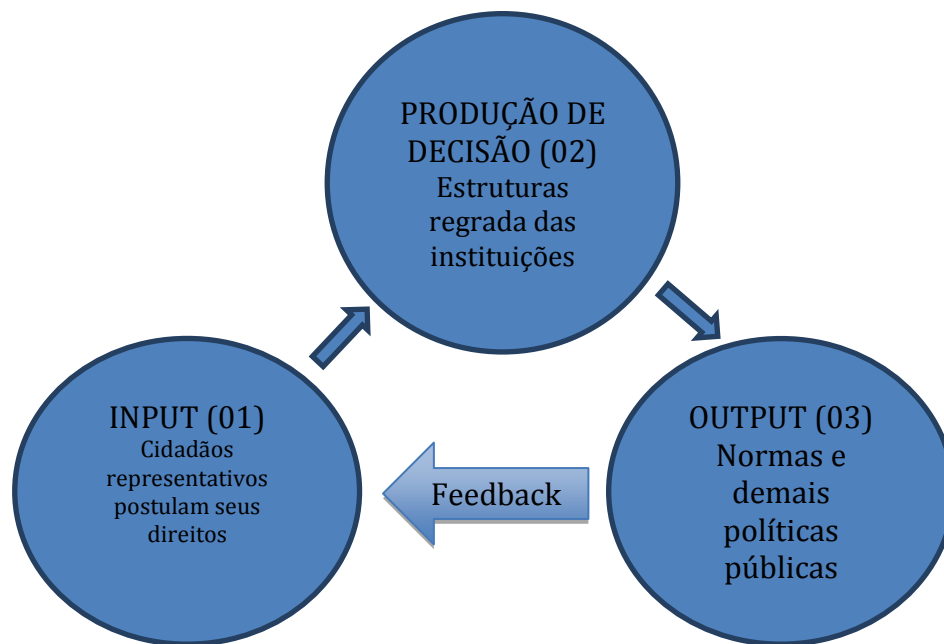
Em si, o movimento de *feedback* possui um número de partes dignas de investigação detalhada. Consiste na produção de *outputs* pelas autoridades, da resposta dos membros da sociedade a esses *outputs*, da comunicação da informação dessa resposta às autoridades e, finalmente, possíveis ações subsequentes às autoridades. Portanto, um novo grupo de *outputs*, resposta, *feedback* da informação e reação das autoridades é posto em movimento, formando uma contínua rede de atividades. Assim, o que ocorre nesse *feedback* tem profunda influência na capacidade de um sistema de lidar com a tensão e persistir. (EASTON, 1970, p. 197).

O glossário mais completo da teoria eastoniana também deve contar com os seguintes conceitos:

- a) *Inputs*: são os insumos de um determinado sistema compreendidos como as reivindicações de um dado grupo social politicamente relevante ou, mais precisamente, de variáveis-resumo. Na teoria de Easton, “os *inputs* servirão de variáveis-resumo, concentrando e espelhando tudo o que é relevante no contexto em função da tensão política” (EASTON, 1970, p. 194). Através deles, ampla escala de atividades pode ser canalizada, observada, sumariada e levada a efeito sobre a vida política;
- b) *Autoridades*: são os membros que, a fim de tornar possível a ação coletiva, possuem os elementos que habitualmente os habilitam a falar no nome do grupo ou de seu proveito (EASTON, 1970, p. 196). Se ações devem ser tomadas como meio de satisfazer demandas ou criar condições que as satisfaçam, a informação sobre os efeitos de cada grupo de *outputs* tem que ser alimentada por *feedback* pelo menos por essas autoridades;
- c) *Outputs*: São as decisões e ações das autoridades. Os *outputs* não apenas ajudam a influenciar os acontecimentos na sociedade mais ampla, da qual o sistema é uma parte, como também, ao fazer isso, “auxiliam a determinar cada grupo de *inputs* que se sucedem em direção ao sistema político.” (EASTON, 1970, p. 196). Como *output*

político/jurídico, é possível indicar as normas jurídicas produzidas pelo sistema, como constituições, leis ordinárias, medidas provisórias, dentre outras.

David Easton desenvolveu um modelo de ciclos que permite analisar a política em termos de sistema. Em seu livro “Uma teoria da análise política”, Easton define que um sistema é um conjunto de variáveis, sem levar em conta o grau de inter-relacionamento entre elas. Como forma de melhor elucidar a teoria de David Easton, será feito um círculo representativo e simplificado do funcionamento do sistema político eastoniano:



Como se observa, a imagem “revela que, afinal de contas, em sua forma elementar um sistema político é apenas uma maneira de converter certos *inputs* em *outputs*” (EASTON, 1968, p. 154). Não restam dúvidas de que o sistema adotado por Easton é, na linguagem de Luhmann, um sistema cognitivamente aberto. Entretanto, a teoria de Easton pode levar à falsa impressão de um modelo matemático de *input/output*, donde o *input* de um lado produzirá um *output* na saída (transformação mediante nova função: o que era uma reivindicação vira lei). Nesse sentido, em importante crítica Luhmann adverte:

No esquema *input/output*, visto sem muita minúcia, existem duas variantes: a primeira extrai seus estímulos a partir de um modelo matemático ideal, no qual o sistema transforma uma configuração de *inputs* segundo as diretrizes de um modelo. O fundamental, aqui, é que essa transformação é decidida estruturalmente. Fala-se, então, em máquinas no sentido real, ou em máquinas, no sentido de funções matemáticas: transformação de *inputs* em *outputs* iguais. Este esquema foi caracterizado como modelo de máquina ou de fábrica, e daí a crítica acirrada de que

a Teoria dos Sistemas seja um modelo tecnocrático que não é capaz de dar conta da complexidade multifacetada das realidades sociais. (LUHMANN, 2011, p. 64).

Os intercâmbios entre sistemas e meio que se produzem são analisados em termos de insumos, denominados *inputs*, e correspondem às influências do meio externo que conseguiram adentrar, de qualquer forma possível, dentro daquele sistema (lembrando que, para Luhmann, o meio é formado essencialmente por outros sistemas, pois o seu ponto de vista é o observador). Os *inputs* passam por um processo de “catalização” interna, podendo dar algum resultado – ou resultado nenhum. Se produzirem um resultado, este sairá daquele sistema como sendo o produto final daquela interferência. O produto final deste intercâmbio é denominado de *output*. Os *outputs*, ao retornarem ao meio ambiente, passam a produzir interferências nele também, no que pode vir a ocorrer o que se chama de *feedback*: o *output* influencia o meio, por ele é digerido e retorna ao sistema como uma nova demanda, ressurgindo através de um novo *input* – e aí o ciclo recomeça.

Os efeitos que são transmitidos através do sistema para outro são os *outputs* (produtos) do primeiro sistema de *inputs* (entradas) que influenciam a saída. Uma transação entre sistemas será vista como uma ligação entre eles, uma forma de uma relação *input-output*. (MITCHEL :1979, p. 724)²³ que, para Luhmann, é o acoplamento estrutural.

Sempre é bom lembrar que o sistema de *input/output* parte do pressuposto de que o sistema desenvolve uma elevada indiferença em relação ao meio na formação de suas

²³ Tal retroalimentação contínua possui certa similitude com o círculo hermenêutico heideggeriano descrito por Gadamer: “É por isso que retomamos a descrição heideggeriana do círculo hermenêutico a fim de que o novo e fundamental significado que adquire aqui a estrutura circular possa se tornar fecundo para nosso propósito. Heidegger escreve: ‘Embora possa ser tolerado, o círculo não deve ser degradado a círculo vicioso. Ele esconde uma possibilidade positiva do conhecimento mais originário, que, evidentemente, só será compreendida de modo adequando quando ficar claro que a tarefa primordial, constante e definitiva da interpretação continua sendo não permitir que a posição prévia, a visão prévia e a concepção prévia (*Vorhabe, Vorsicht, Vorbegriff*) lhe sejam impostas por intuições ou noções populares. Sua tarefa é, antes, assegurar o tema científico, elaborando esses conceitos a partir da coisa, ela mesma’. O que Heidegger diz aqui não é em primeiro lugar uma exigência à práxis da compreensão, mas descreve a forma de realização da própria interpretação compreensiva. A reflexão hermenêutica de Heidegger tem seu ponto alto não no fato de demonstrar que aqui preza um círculo, mas que este círculo tem um sentido ontológico positivo. A descrição como tal será evidente para qualquer intérprete que saiba o que faz. Toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para as ‘coisas elas mesmas’ (que para os filólogos são textos com sentido, que tratam, por sua vez, de coisas). Esse deixar-se determinar assim pela própria coisa, evidentemente, não é para o intérprete uma decisão ‘heroica’, tomada de uma vez por todas, mas verdadeiramente ‘a tarefa primeira, constante e última’. Pois o que importa é manter a vista atenta à coisa através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o intérprete me virtude das ideias que lhe ocorram. Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido” (GADAMER : 2012, p. 271-2).

operações internas, e que, nesse sentido, o meio ambiente careça de significação para o interior de seu sistema operativo;

[...] de tal modo que não é o meio que pode decidir quais fatores determinantes propiciam o intercâmbio, mas somente o sistema. O sistema possui, então, uma autonomia relativa, na medida em que a partir dele próprio pode-se decidir o que deve ser considerado como *output*, como serviço, como prestação, e possa ser transferido a outros sistemas no meio. O sistema possui, então, uma autonomia relativa, na medida em que a partir dele próprio pode-se decidir o que deva ser considerado como *output*, como serviço, como prestação, e possa ser transferido a outros sistemas no meio. (LUHMANN, 2011, p. 63)

Em sua obra “Teoria da Análise Política”, David Easton parte do pressuposto que os sistemas do meio ambiente – ou o grande sistema social - estão em permanente mudança considerável. Como ligar essas mudanças com as suas consequências para um sistema político é uma de suas indagações principais:

Embora a ciência social tenha recentemente e rapidamente se enamorado dos problemas de mudança e uma grande onda de teorias de mudança ameace engolfar-nos, pelo menos abriu-nos os olhos para o fato de que qualquer teoria geral, mesmo se for minimamente adequada, precisa ser capaz de lidar com a mudança tão facilmente quanto lida com a estabilidade.

[...]

Uma vez introduzida e estabilizada uma mudança, ela pode continuar a exercer sua influência em outros aspectos da sociedade. Não é como o raio do relâmpago que produz os seus danos e desaparece sem deixar um só depósito de efeito. Pelo contrário, constitui uma pressão contínua no sistema político. (EASTON, 1968, pp.147-148).

Easton também tratou em sua obra da questão acerca de uma eventual sobrecarga de *inputs* (algo semelhante ao que vive o Judiciário brasileiro). Para ele,

[...] nenhum sistema é capaz de aceitar e transformar em *outputs* um número e variedade ilimitado de demandas. Por definição, as demandas são expressões articuladas dirigidas às autoridades propondo que algum tipo de alocação autoritária precisa ser realizado.

[...] Em todos os sistemas pode-se verificar que existem processos disponíveis através dos quais o volume inicial de demandas que são expressas é reduzido de uma maneira ou de outra. Podemos descrever este conjunto de processos como uma redução de volume e variedade através da combinação de duas ou mais demandas em apenas uma. (EASTON, 1968, pp.165-167)

Por esses motivos, o modelo eastoniano sugere que a exploração das operações dos processos de *feedback* são de significado vital. Tudo aquilo que possa adiar, distorcer ou conter o fluxo de informação às autoridades competentes interfere na sua capacidade de

empreender a ação, se esta for a desejada, a fim de manter o apoio num nível bastante elevado que assegure a persistência do sistema.

Observa-se que a teoria política de David Easton procura simplificar as demandas sociais e as respostas do sistema político, que estão em uma espécie de contínuo *feedback* e retroalimentação sistêmica, sistema este em muito símile ao que ocorre com os precedentes vinculantes.

2.7.2 O Modelo Eastoniano é Aplicável ao Sistema Jurídico Brasileiro?

Como este círculo eastoniano seria importante para apreciar as decisões no sistema jurídico, decisões estas advindas em especial do sistema de precedentes vinculantes? Cito, como exemplo, o caso *Loving vs Virginia*²⁴ que, julgado na Suprema Corte americana, julgou

²⁴ O conceito de “busca da felicidade” e “devido processo legal” sofreu diversas mudanças interpretativas ao longo das decisões da Suprema Corte norte-americana. O mesmo texto foi interpretado com conteúdos absolutamente distintos, tudo a depender do momento histórico em que o texto estava à prova em julgamentos. Para se compreender melhor a legislação e a interpretação dos tribunais americanos, é necessário ter-se como base uma sociedade bastante diferente da brasileira, com alto grau de puritanismo religioso e preconceito racial fundado em uma suposta “supremacia branca” que foram fomentadas entre 1660 até 1960, sendo após a década de 60 sendo suprimidos em um lento processo evolutivo daquela sociedade. De acordo com Pascoe, “Although is probably less familiar to historians than, say, school segregation law, miscegenation law is na ideal place to study both the legacy of nineteenth-century racialism and the emergence of modern racial ideologies. Miscenagation laws, in force from the 1660’s through the 1960, were among the longest lasting of American racial restrictions. They both reflected and produced significant shifts in the American racial thinking. Although the first miscenagation laws had been passed in the colonial period, it was not until after the demise of slavery that they began to function as the ultimate sanction of the American system of white supremacy. They burgeoned along with the rise of segregation and the early-twentieth-century devotion to ‘white puriti’. At one time to another, 41 american colonies and states enacted them; they blanketed western as well as southern states.” (PASCOE, 2000, p. 182-183). E aí se verifica que, ao se estudar a história do constitucionalismo americano sob a ótica racial, verifica-se que o tema choca a opinião pública atual, mas que, para a época em que as leis foram promulgadas e julgadas pelas cortes, elas refletiam o senso comum da classe dominante. Da mesma forma se deu o caso *Obergefell et al vs Hodges, Director, Ohio*. Diversas leis dos Estados americanos previam que o casamento se daria apenas entre um homem e uma mulher. Casamentos de pessoas do mesmo sexo passavam a depender do Judiciário que, como já se observou nos casos anteriores, culturalmente teria uma probabilidade maior de decisões em sentido contrário à permissão. Segundo o relatório do caso (http://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf), os juízes de primeiro grau deferiram o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas as cortes locais deram provimento às apelações e indeferiram os pleitos. Daí, diversos casos envolvendo a mesma situação foram levados à Suprema Corte Americana. A natureza da injustiça tanto no caso do *Loving vs Virginia* quanto no *Obergefell et al v. Hodges, Director, Ohio* estaria no fato de que as gerações que escreveram e ratificaram o *bill of rights* e a 14ª Emenda não conseguiram antever a liberdade em toda a sua dimensão e, por esta razão, outorgaram às futuras gerações o direito de exercer a hermenêutica e proteger as liberdades de acordo com o seu significado atual. Assim como no caso *Loving vs Virginia*, estava em discussão o direito ao casamento e os bloqueios que a legislação impunha. No primeiro caso, questões raciais; no segundo, o sexo, mas ambas mencionando o mesmo caso: o direito de se casar e constituir famílias. Aplicando seus princípios e balizas, dentre os quais o devido processo de direito e a busca da felicidade, a Corte entendeu que o direito ao casamento é protegido pela Constituição – apesar de não haver texto expresso neste sentido. E, aplicando as premissas do caso *Loving vs Virginia*, entendeu que o direito ao casamento “é um dos direitos pessoais vitais essenciais para a regular busca da felicidade por um homem livre”. Ao final, a Corte, por maioria apertada, decidiu que o casamento entre pessoas do mesmo sexo era constitucional.

inconstitucionais todas as leis que proibissem o casamento de pessoas de “raças” diferentes. Esta decisão ficou gestada na sociedade por décadas, sendo sempre arguída para outros casos e exercendo sua influência. Recentemente, serviu de precedente para as uniões homoafetivas nos EUA. A decisão (*output*) quebrou um paradigma de 400 anos da doutrina da supremacia branca, fixou o casamento como direito fundamental, ingressou no meio ambiente social e retornou como fundamento para a reivindicação de união de pessoas do mesmo sexo. Na aplicação da teoria de David Easton para o direito, fica claro que a decisão judicial deve ser também trabalhada como *output*, pois volta ao meio ambiente e irradia os seus efeitos (calculados ou não) aos demais segmentos sociais através das pontes comunicativas sistêmicas (*action is system*). O *output* lançado no meio ambiente é fonte de irritação sistêmica e retorna ao sistema jurídico como novo *input*.

O jurista brasileiro tradicionalmente se preocupa com o *output* das decisões judiciais – como será feito, como será processado e como será finalizado. O *feedback* – considerado como a inserção do *output* no mesmo sistema, interferindo neste e em outros sistemas - é tradicionalmente relegado no estudo do direito. Esse passa a ser um dos problemas que os nossos juristas não apreciam adequadamente - consequencialidade das decisões judiciais - bem analisada na teoria de David Easton no que tange ao sistema político e cujo modelo pode ser também aplicável ao direito.

Nesse sentido, Luhmann adverte que “trata-se daquilo que no atual jargão jurídico se denomina sob o conceito (por mim proposto) de *programas condicionais*: o sistema se orienta para tomada de decisões mediante o limite *input*, sem que lhe importem as consequências daí resultantes” (LUHMANN, 2011, p. 57); entretanto, é inegável que as decisões retornam ao meio ambiente e influenciam as demais demandas e expectativas normativas, principalmente se a decisão em comento for da modalidade vinculante.

Na recente experiência brasileira, percebe-se que as decisões judiciais estão, sim, ingressando no meio ambiente social e produzindo mudanças. Aliás, a lei e as decisões judiciais produzem mudanças. Aqui, trago o exemplo de algumas leis que foram citadas pelo renomado jurista Rodolfo de Camargo Mancuso em 2010 como leis que “não pegaram”, mas que, 07 anos depois, a experiência comum do brasileiro sabe que ocorreu exatamente o contrário:

Verdade que hoje se constata dentre nós uma notória crise de efetividade da norma legal, sendo visível que, mal ela vem a ser positivada, logo seus destinatários passam a excogitar meios e ardis para dribá-la ou se excluírem aos seus efeitos, sem falar numa espécie de esperança geral de que a curto prazo o direito novo venha a ser esquecido, convertendo-se, no conhecido jargão popular, em mais uma ... lei que não

pegou. Os exemplos abundam, podendo ser lembradas, recentemente, a Lei 11.705/2008, chamada *lei seca* (proibição de dirigir alcoolizado); [...] a Lei paulista 13.541/2009, que veda o tabagismo em ambientes fechados. No campo penal, é notório que ilícitos graves (v.g., corrupção, tráfico de drogas, sonegação fiscal), se expandem e se sofisticam – paradoxalmente – em proporções diretas à positividade de novas e mais gravosas figuras penais. Esse contexto revela o acerto da antiga assertiva: “já se viu sociedade que mudou o Direito, mas ainda não se viu Direito que mudou a sociedade [...]” (MANCUSO, 2010, p. 53).

Em verdade, tem-se exatamente o contrário: a lei seca demorou, mas as polícias estaduais e federais se equiparam e praticamente é hoje impossível um grande evento festivo não ser acompanhado de várias blitz espalhadas pela cidade; a lei que veda o tabagismo em ambientes fechados praticamente “pegou” em todo o território nacional; o delito de corrupção hoje é visto na sociedade brasileira com outros olhos a partir dos casos do “mensalão” e “operação lava jato”; enfim, o Brasil é um caso em que o direito está mudando gradualmente uma sociedade. Os *outputs* do Judiciário retornam ao meio ambiente nesses casos (os últimos dois em especial) e estão semeando profundas alterações éticas no seio social. Quando a Justiça, através do Direito, começa a mostrar a sua real força e condenar a quem deva ser condenado, a sociedade percebe e começa a “digerir” os novos padrões reais de conduta.

Mas não é só isso: a jurisprudência também guarda uma forte e íntima relação com o legislativo. Há diversos casos em que as decisões judiciais no mesmo sentido terminaram por ocasionar *inputs* no sistema político, mostrando que essa relação é bilateral – e forte:

Igualmente merece sobrelevada a poderosa influência que a jurisprudência pode exercer junto ao legislador, sinalizando a necessidade de ser suprida a carência legislativa em certas matérias, cuja relevância social reclame e justifique um referencial normativo, ou ainda, evidenciando a conveniência, senão a premência de ser alterado o Direito Positivo vigente, quando o imponham as modificações verificadas na ordem econômica, social, política, cultural, isto é, as ditas *fontes substanciais* do Direito. Não se trata, no caso, de perscrutar na jurisprudência sumulada, mormente naquela vinculativa, uma camisa de força vestida no Legislativo, porque as proposições *de lege ferenda* sempre remanescerão nas cogitações do Parlamento, como sua vocação precípua.

[...]

Na verdade, a jurisprudência assentada e o labor legiferante não são impossíveis, tendo cada qual seu campo de atuação; ao contrário, é desejável que entre ambos haja uma complementaridade, no sentido de que o legislador, ao cuidar do direito constituindo, tenha presente o aviso do precedente existente na matéria *não como pressuposto negativo de atuação*, mas por tudo que a Súmula representa *de per se*, enquanto extrato do entendimento jurisprudencial predominante. (MANCUSO, 2010, p. 60)

São diversos os exemplos em que essa situação ocorre. A Súmula 380 do STF, que previu o direito dos companheiros (“Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo

esforço comum”), o que terminou virando lei posteriormente²⁵. A Súmula Vinculante nº 02 do STF previu que qualquer lei estadual ou distrital sobre consórcios, sorteios, bingos e loterias seria inconstitucional, posto que a competência legislativa é exclusivamente federal (abrindo espaço para a eventual promulgação de uma lei no mesmo sentido), da mesma forma, o STF entendeu que leis estaduais ou municipais que versem sobre gratuidade de estacionamento são inconstitucionais por tratarem de restrição ao direito de propriedade, matéria cível a ser exercida exclusivamente pelo Congresso Nacional e assim por diante.

2.8 O Modelo Operacionalmente Fechado de Luhmann e a Sociedade Aberta dos Intérpretes Constitucionais de Peter Häberle – um Choque Teórico na Abertura do sistema para o Meio?

Se por um lado Niklas Luhmann reconhece a existência da cognitividade aberta do subsistema jurídico, Peter Häberle, ao seu turno, procura justificar e ampliar no campo jusfilosófico dentro do direito Constitucional, mas não o analisa sob uma necessária operacionalidade interna ao sistema jurídico.

Para Luhmann, os sistemas sociais são tradicional e cognitivamente abertos, não sendo diferente com o subsistema do direito. Cada sistema traz sua operatividade própria para a abertura, que não pode ser realizada sem uma estrutura prévia; caso contrário, haveria a corrupção sistêmica. Häberle, ao seu turno, defende que é necessário uma abertura interpretacional sistêmica no direito:

Nesse sentido, permite-se colocar a questão sobre os participantes do processo da interpretação: de uma sociedade fechada dos intérpretes da constituição para uma interpretação constitucional pela e para uma sociedade aberta [...].

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos “vinculados às corporações” [...] e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade [...] Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade. (HÄBERLE, 2002, pp. 12-13).

²⁵ Lei 8.971/94, posteriormente revogada pela Lei 9.278/96, que também foi revogada pelo Código Civil de 2002.

Nesse ponto, as duas teorias entram em um aparente choque. Enquanto que para Luhmann as demandas para uma nova interpretação legal poderiam se classificar como irritação sistêmica, Häberle defende que o número de intérpretes não fique jungido apenas aos deferidos pelo ordenamento atual, o que poderia causar um prejuízo aos códigos operacionais internos do direito. Um dos grandes problemas para a teoria de Häberle seria que essa abertura interpretativa ampla poderia gerar uma espécie de “diluição interpretativa” do direito, fazendo com que o mesmo perdesse em metodologia hermenêutica. Para Häberle,

Uma possível objeção poderia ser a de que, dependendo da forma como seja praticada, a interpretação constitucional poderá “dissolver-se” num grande número de interpretações e de intérpretes. Uma teoria constitucional que tem por escopo a produção de uma unidade política e que afirma e reitera o postulado da unidade da Constituição está obrigada a submeter-se a esta crítica. Tal situação, todavia, não se há de verificar apenas no quadro de um inventário realista. Essas objeções devem ser avaliadas de maneira diferenciada, tendo em vista a legitimação dos diferentes intérpretes da Constituição.

A questão da legitimação coloca-se para todos aqueles que não estão formal, oficial ou competencialmente nomeados para exercer a função de intérpretes da Constituição. Competências formais têm apenas aqueles órgãos que estão vinculados à Constituição e que atuam de acordo com um procedimento pré-estabelecido – legitimação mediante procedimento constitucional. São os órgãos estatais (art. 20, n°s 2 e 3 da Lei Fundamental – vinculação da ordem constitucional à lei e ao direito). Também os parlamentares (art. 38, n° 1, da Lei Fundamental) estão vinculados à Constituição desde que eles não postulem sua alteração. Vinculados à Constituição também estão os partidos políticos, os grupos, os cidadãos, ainda que de forma diferenciada. A maioria está vinculada apenas por intermédio do Poder Estatal sancionador. Resta evidente aqui que uma vinculação limitada à Constituição corresponde a uma legitimação igualmente mais restrita. (HÄBERLE, 2002, pp. 29-30).

Conforme se observa, Häberle defende que, apesar do direito ser dotado de intérpretes especiais e legitimados para a interpretação constitucional com força estatal (o que ele chama de legitimação mediante procedimento constitucional), haveria uma necessidade de uma maior abertura interpretativa legítima, pois também estão vinculados à Constituição os parlamentares, os partidos políticos, os cidadãos, ainda que de uma forma diferenciada. Para defender sua tese, Häberle afirma que a interpretação tem que ser um procedimento aberto:

A estrita correspondência entre vinculação (à Constituição) e legitimação para a interpretação perde, todavia, o seu poder de expressão quando se consideram os novos conhecimentos da teoria da interpretação: interpretação é um processo aberto. Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida que se reconhece que a nova orientação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção. A ampliação do círculo dos intérpretes aqui sustentada é apenas a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação. É o que os intérpretes em sentido amplo compõem essa realidade pluralista. Se se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, simples e

acabada, há de se indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional, sobre as forças ativas da *law in public action* (personalização, pluralização da interpretação constitucional!)

[...]

Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes “corporativos” ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um autoengodo. De resto, um entendimento experimental da ciência do Direito Constitucional como ciência de normas e da realidade não poderia renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes “não corporativos” (HÄBERLE, 2002, pp. 30, 34).

O grande problema da teoria de Peter Häberle é que não resta devidamente explicitado como que se daria esta interpretação no seio do direito constitucional, principalmente quando os grupos interpretativos forem conflitantes. Se “a sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional” (HÄBERLE, 2002, p. 43), como ficariam, por exemplo, as interpretações constitucionais realizadas pelos grupos econômicos, de medicina, de religião? Todas teriam que ser aceitas? E quando entram em choque com outros tipos interpretativos, como por exemplo o social? No caso do direito brasileiro, em especial o constitucional, estas interpretações oriundas de diversos segmentos sociais entram naturalmente em choque, tendo em vista que um dos princípios fundantes de nossa República é o da dignidade da pessoa humana. Haveria a necessidade de obtenção de um consenso para resolver o conflito?

A teoria da sociedade aberta dos intérpretes da constituição – que também tem ramificações na interpretação da legislação infraconstitucional – tem que ser enfrentada não como um poder legitimador de interpretação constitucional com ares de definitividade ou de poder sancionador: tem que ser interpretadas como sendo legítimas “irritações sistêmicas”, na teoria de Niklas Luhmann, ou *inputs* políticos, na teoria de David Easton, que para serem processados carecem de operações internas e fechadas do sistema jurídico.

Ao meu sentir, a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da constituição deveria ser um elemento legitimador das irritações sistêmicas trazidas pelos *amicus curiae* no direito; ela é ponto de partida de uma abertura cognitiva do direito, jamais o seu ponto de chegada em termos operacionalmente fechado.

Estas aberturas cognitivas, feitas através do sistema do acoplamento estrutural, possuem operatividade interna fechada própria e regulada por cada subsistema social. No sistema político, por exemplo, há os estudos das comissões técnicas (permanentes, temporárias, mistas), que são ouvidas antes dos projetos legislativos seguirem adiante²⁶. Na

²⁶ Vide artigo 58 da Constituição Federal:

área da política – conforme já demonstrado no capítulo anterior- Luhmann afirma que neste campo existe uma maior margem de irritabilidade sistêmica, tendo em vista que o sistema político trabalha com uma cognitividade bem maior que o direito.

Peter Häberle, analisando o sistema político sob a ótica da interpretação aberta da Constituição, leciona em verdade sobre a abertura cognitiva do subsistema político:

O muitas vezes referido processo político, que, quase sempre, é apresentado como uma sub-espécie de processo livre em face da interpretação constitucional, representa, *constitucione lata* e de fato, um elemento importante –mais importante do que se supõe geralmente – da interpretação constitucional, (política como interpretação constitucional). Esse processo político não é eliminado da Constituição, configurando antes um elemento vital ou central no mais puro sentido da palavra: ele deve ser comparado a um motor que impulsiona esse processo. Aqui, verificam-se o movimento, a inovação, a mudança, que também contribuem para o fortalecimento e para a formação do material da interpretação constitucional a ser desenvolvida posteriormente. Esses impulsos são, portanto, parte da interpretação constitucional, porque, no seu quadro, são criadas realidades públicas e, muitas vezes, essa própria realidade é alterada sem que a mudança seja perceptível. O poder de conformação de que dispõe o legislador enquanto intérprete da Constituição diferencia-se, qualitativamente, do espaço que se assegura ao juiz constitucional na interpretação, porque este espaço é limitado de maneira diversa, com base em argumentos de índole técnica. Isso não significa, porém, que de uma perspectiva quantitativa, exista diferença fundamental entre as duas situações.

O processo político não é um processo liberto da Constituição; ele formula pontos de vistas, provoca e impulsiona desenvolvimentos que, depois, se revelam importantes na perspectiva constitucional, quando, por exemplo, o juiz constitucional reconhece que é missão do legislador, no âmbito das alternativas compatíveis com a Constituição, atuar desta ou daquela forma. O legislador cria uma parte da esfera pública e da realidade da constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional. Ele interpreta a Constituição, de modo a possibilitar eventual revisão, por exemplo, na concretização da vinculação social da propriedade. Mesmo as decisões na conformidade com a constituição são constitucionalmente relevantes e suscitam, a médio e a longo prazo, novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade da

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação. § 1º Na constituição das Mesas e de cada Comissão, é assegurada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos ou dos blocos parlamentares que participam da respectiva Casa. § 2º Às comissões, em razão da matéria de sua competência, cabe: **I** - discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa; **II** - realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil; **III** - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições; **IV** - receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas; **V** - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão; **VI** - apreciar programas de obras, planos nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer. § 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores. § 4º Durante o recesso, haverá uma Comissão representativa do Congresso Nacional, eleita por suas Casas na última sessão ordinária do período legislativo, com atribuições definidas no regimento comum, cuja composição reproduzirá, quanto possível, a proporcionalidade da representação partidária.

Constituição. Muitas vezes, essas concretizações passam a integrar o próprio conteúdo da Constituição. (HÄBERLE, 2002, pp. 26-27).

De fato, a abertura interpretacional de Häberle é, em verdade, abertura cognitiva do subsistema político feita através de irritabilidade sistêmica: ao alterar a legislação, o legislador trabalha em sistemas previamente abertos a influências externas, inclusive no campo constitucional, que é o principal foco do autor. No subsistema do direito, a abertura cognitiva é tradicionalmente realizada através da figura legitimadora do *amicus curiae*, que são representantes de diversos segmentos sociais e, muitas vezes, de um subsistema dentro do próprio subsistema jurídico, que tem a função de inserir a irritabilidade sistêmica, pluralizando o debate jurídico, abrindo sua interpretação para um conhecimento mais amplo, mais debatido e, *a fortiori*, dotado de maior legitimidade.

Marinoni, ao lecionar sobre a inserção do *amicus curiae* nos recursos especiais repetitivos, leciona sobre a sua importância dentro do sistema jurídico brasileiro:

A intervenção do *amicus* no recurso repetitivo, ao lado de objetivar a formação de precedente favorável, guarda relação com direitos supraindividuais, como os direitos ao meio ambiente e do consumidor, favorecendo a tutela de direitos individuais que se inserem em sua moldura e, a partir de uma origem comum, abrem espaço a uma multiplicidade de ações que versam idêntica questão de direito. A intervenção de *amicus* em recurso repetitivo que versa sobre ressarcimento de dano ambiental, em hipótese de responsabilidade do produtor, ou diante de discussão de cláusula abusiva ao público consumidor, dá a devida proteção aos que sofrem violações típicas da sociedade de massa, em que os ilícitos atingem de uma única vez uma pluralidade de sujeitos. Tendo em vista que esses direitos, na perspectiva econômica, frequentemente são de pequena monta, torna-se importante a fixação de precedente não apenas para que a categoria vitimada seja protegida, mas sobretudo para a efetiva tutela de direitos imprescindíveis para uma organização social justa. Deixa-se claro que a legitimidade outorgada às associações para a propositura de ações coletivas obviamente não exclui a necessidade de sua participação na qualidade de *amici* em ações individuais (recursos repetitivos) que formarão precedente que influirá sobre a sorte de todo um grupo. Se a ação coletiva é o instrumento mediante o qual a associação pede a tutela dos direitos do grupo, o *amicus* intervêm para que a posição do grupo não deixe de ser efetivamente considerada quando da decisão acerca do pedido de tutela do direito de um dos seus integrantes, mas que representa precedente que diz respeito a todos. (MARINONI, 2015, p. 27).

Os *amicus curiae* são sujeitos legítimos que levam interesses aptos a serem generalizados e, por esta razão, são sobretudo instrumentos de profundo contraditório cognitivamente aberto e, *a fortiori*, levam maior legitimação das decisões judiciais por serem legítimos interpretadores do direito sem serem – como leva a crer Peter Häberle – centros jurídicos decisórios.

Essas observações iniciais são importantes para a presente dissertação, tendo em vista que o sistema em análise, qual seja o subsistema jurídico dos precedentes vinculantes, será o ponto de observação principal da teoria.

3 TEORIA GERAL DA FORMAÇÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE

3.1 A Evolução do Processo Singular para o Coletivo e, deste, para o Coletivizado

De acordo com uma interpretação sistêmico-processual, tem-se três tipos de decisões judiciais, levando-se em consideração o alcance de seu dispositivo no meio ambiente social:

- a) Decisões singulares, que são aquelas que criam normas judiciais *inter-partes* e não possuem, de regra, uma repercussão geral do que está sendo discutido;
- b) Decisões coletivas *lato sensu secundum eventum litis*, oriundas dos processos que já são coletivos do nascedouro (“a situação jurídica coletiva é a questão principal – o seu objeto litigioso” (DIDIER JR; ZANETI JR, 2017, p. 185), como é o caso das ações populares, ações civis públicas e demais ações coletivas, onde a coisa julgada só será formada se for favorável aos substituídos, não se formado se for contrária. Nestes processos, há legitimação ativa extraordinária *ab initio*, uma coisa julgada especial *secundum eventum litis*, a vedação especial a determinadas matérias (como as tributárias) e a sua cognição vinculante às matérias de mérito (e não às processuais)²⁷. Estas decisões, por concentrarem em um único processo a demanda, podem ser rescindidas através de ação rescisória;
- c) Decisões coletivizadas ou *erga omnes stricto sensu*, que são aquelas oriundas dos processos que nascem individuais, possuem uma certa repercussão geral ou relevância social e que se coletivizam em determinado ponto do processo (incidentes de resolução de demandas repetitivas, recursos repetitivos) ou que firmam, tão somente, precedentes vinculantes (incidente de assunção de competência). Nestes processos, não há vedação a matérias, que podem ser tanto de direito material quanto de direito processual. Por produzirem precedentes vinculantes a partir de julgamentos coletivizados, a revisão da decisão pode se dar através de ação rescisória individual com pedido de *overruling* ou, posteriormente, um *overruling* em processo distinto, que não irá alcançar as situações já julgadas anteriormente.

Fredie Didier, ao comparar as ações coletivas com os processos que geram precedentes vinculantes em função da coletivização do julgamento final, traça importantes considerações práticas:

²⁷ Segundo o autor, “Algumas questões não podem ser questões principais na ação coletiva, tendo em vista a proibição decorrente do art. 1º par. ún., Lei 7.347/1985. O seu propósito é a prolação de uma decisão final que tenha aptidão para a formação de coisa julgada coletiva: a situação jurídica coletiva litigiosa passa a ser situação jurídica coletiva julgada.” (DIDIER JR; ZANETI JR : 2017, p. 185).

O uso de uma técnica ou de outra dependerá, de um lado, evidentemente, das definições estratégicas dos litigantes: legitimados coletivos, membros do grupo litigantes eventuais) e os litigantes habituais. [...]

De outro lado, a escolha da técnica a ser utilizada deverá observar o princípio da adequação. É também uma questão de estratégia processual do grupo.

Há situações jurídicas coletivas insuscetíveis de solução pela técnica da ação coletiva – é inconcebível a instauração de uma ação coletiva cujo propósito seja definir se uma pessoa jurídica (em tese) pode ser beneficiada da gratuidade da justiça ou para definir se um determinado bem pode ser penhorado ou não.

Do mesmo modo, há situações jurídicas coletivas insuscetíveis de solução por meio do julgamento de casos repetitivos. É inconcebível a instauração de um incidente de resolução de demandas repetitivas para definir se há o dever de uma indústria de colocar um filtro antipolvente em suas chaminés. Esse é um tipo de situação jurídica coletiva que somente pode ser veiculada por meio de ação coletiva. (DIDIER JR; ZANETTI JR ; 2017, p. 187-188).

Há situações em que ambas as situações podem ser tratadas tanto por ações coletivas quanto por ações individuais coletivizadas. Uma ação em que se discuta a demora no atraso de entrega de milhares de unidades residenciais por uma construtora, por exemplo, pode ser tratada através de uma ação civil pública (fundada no direito do consumidor) como pode, também, sofrer processo de coletivização no tribunal local para parametrizar as consequências jurídicas do atraso.

Essa classificação é importante para saber a amplitude da influência das decisões judiciais no meio ambiente, não apenas no jurídico como no social em geral. Uma decisão singular, decidida *inter partes*, tem pouca influência no meio ambiente; já uma decisão coletiva *lato sensu secundum eventum litis* somente terá efeitos diretos se a causa for julgada procedente, sendo que acaso julgada improcedente o precedente gerado terá mera influência persuasiva e impedirá outros legitimados coletivos de ajuizarem ação no mesmo sentido. Por fim, as decisões *erga omnes stricto sensu* terão efeitos fortes efeitos diretos no meio ambiente, tendo em vista que são decisões vinculantes e de obediência obrigatória.

Em capítulo próprio, será demonstrado o acoplamento estrutural do *amicus curiae* que, apesar de gerar abertura cognitivo-processual, será diferente em cada caso, demandando um estudo mais aprofundado do tema.

3.2 O Sistema de Precedentes

3.2.1 Conceito de Precedente e sua Distinção de Institutos Afins

Ao longo do início do século XXI, aumentou o debate no Brasil sobre a necessidade de uma maior padronização das decisões judiciais, que precisavam de uma maior estabilidade e uniformidade. Nosso Judiciário, abarrotado cada vez mais de processos com amplitude cognitiva cada vez maior, não conseguia demonstrar coesão interpretacional, o que gerava

uma insegurança jurídica – com o perdão do trocadilho – sem precedentes. O atual CPC, ao criar um sistema onde o respeito ao precedente é muito maior, terminou por abrir novos desafios ao intérprete processual.

Para uma correta conceituação do termo precedente é necessário, antes de tudo, buscar seus traços diferenciais com relação a outros institutos similares. Precedente e jurisprudência são dois termos jurídicos usados muitas vezes indistintamente como se fossem sinônimos – mas não o são e, ao contrário, possuem uma marcada distinção.

Um precedente é, antes de tudo, uma decisão judicial, mas nem toda decisão judicial será considerada um precedente. O centro decisório, ao decidir um precedente, terá a noção de que está fazendo uma decisão não apenas para as partes do processo, mas para o futuro de partes que enfrentem a mesma situação jurídica.

É possível compreender um precedente como uma decisão judicial que aplica a um suporte fático um determinado raciocínio jurídico. É uma decisão potencialmente relevante, paradigmática e que pode influenciar futuras decisões sobre a mesma matéria, sem esquecer que o precedente, uma vez firmado (e por ser interpretativo), tem um grande potencial retroativo (salvo decisão judicial em contrário, conforme será visto no *prospective overruling*). O precedente é, sobretudo, o “resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas” (PINHO; RODRIGUES, 2017, p. 286).

Quando se aplica um precedente, aplica-se uma decisão do passado no presente. Quando se produz um precedente, outro fenômeno interessante ocorre: ao projetá-lo para o futuro, a decisão do hoje é olhada para o futuro como precedente para os julgamentos do amanhã. É um ato de extrema consequencialidade. “Hoje não é apenas o futuro do passado; é, do mesmo modo, o ontem do amanhã. Um sistema de precedentes, assim, envolve a responsabilidade especial que acompanha o poder de comprometer o futuro antes de chegarmos lá.” (SHAUER, 2015, p. 51).

Para José Rogério Cruz e Tucci, “(...) todo precedente judicial é composto por duas partes distintas: (a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e (b) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório” (CRUZ E TUCCI, 2004, p. 12). Por precedente também pode-se designar um pronunciamento judicial que, “por sua autoridade e consistência, deveria ser adotado por outros juízes como padrão para a decisão de casos semelhantes” (SANTOS, 2012, p. 145).

Jurisprudência, ao seu turno, tem a haver com uma massividade de decisões no mesmo sentido, tanto administrativas (que corresponde a outra parte do centro decisório do

direito) quanto judiciais²⁸. “Importa perceber, aqui, que a acepção corrente em torno do termo ‘jurisprudência’ traz intrínseca a ideia de conjunto. Essa me parece ser a nota distintiva essencial: a pluralidade de decisões” (SANTOS, 2012, p. 142). A jurisprudência também pode ser compreendida como “a forma concordante em que os órgãos judiciários se pronunciam para resolver casos similares. Em outros termos, são as decisões concordantes que criam critérios objetivos de julgamento” (CAMBI, 2011, p 153).

São diversos os significados existentes na doutrina sobre o conceito de jurisprudência; Lênio Streck, entretanto, conseguiu sintetizar algumas destas correntes conceituais:

- (a) em sentido estrito, pode indicar “Ciência do Direito”, também denominada “Dogmática Jurídica” ou “Jurisprudência”;
- (b) em sentido lato, pode referir-se ao conjunto de sentenças dos tribunais, e abranger tanto jurisprudência uniforme como contraditória;
- (c) pode significar apenas o conjunto de sentenças uniformes, falando-se, nesse sentido, em “firmar jurisprudência” ou “contrariar jurisprudência”. (STRECK, 1998, p. 83).

A jurisprudência pressupõe, portanto, uma pluralidade de decisões proferidas em diversos casos concretos, enquanto que o precedente prescinde desse caráter quantitativo, já que a partir de um único caso (denominado *leading case*) é possível dele se criar uma corrente jurisprudencial.

Com base no que aqui foi dito, pode-se sustentar que a divergência jurisprudencial elencada como hipótese de incidência do recurso especial pela alínea C (art. 105, III, “c”, da CF) não constitui dissenso entre jurisprudências de tribunais distintos, mas sim entre precedentes judiciais, “já que demonstram o conflito analítico entre teses jurídicas desses órgãos do Judiciário, assentadas em decisões individualmente consideradas, e não no conjunto de pronunciamentos uniformes”. (FACÓ, 2016, p. 29).

Outrossim, a figura jurídica do precedente é distinta do conceito de súmula, pois “Enquanto o precedente (em sentido amplo) equivale a uma decisão judicial com potencialidade para se aplicar em casos futuros, a súmula é o resultado de várias decisões judiciais, culminando na cristalização da *ratio decidendi* a partir da análise de todas elas.” (FACÓ, 2016, p. 30). Para José Carlos Barbosa Moreira, Súmula seria o “conjunto das

²⁸ De fato, a jurisprudência pode se dar também da forma administrativa, como no caso das decisões do Executivo ou do Tribunal de Contas, dentre outras, como corolário da expansão das atividades destes poderes. Inclusive, o CPC/15 prevê como hipótese de não cabimento da remessa necessária a decisão que condena a Fazenda Pública com base em “entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa” (art. 496, § 4º, IV, CPC).

proposições em que se resume a jurisprudência firme de cada tribunal”. (BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 301). De fato, o direito sumular sempre teve grande importância entre nós, sendo muito comum nos tribunais a aplicação das súmulas que resumiam o pensamento jurisdicional em um dado tema.

Em sentido complementar, “a maior diferença entre a súmula vinculante e o precedente vinculante está no fato de que aquela consiste em enunciado genérico a ser aplicado em um número indeterminado de casos. Já em relação ao precedente vinculante o enfoque é prático, e não teórico” (MADEU; MACIEL, 2015, p.132).

De outro lado, a súmula ganhou contornos próprios no direito brasileiro. Inicialmente firmada apenas para cunhos orientativos e dentro de uma tradição do *civil law*, as súmulas no direito brasileiro ganharam o adjetivo de vinculante nos termos da EC/45. Nesse sentido, o Brasil passou a ter não um sistema de precedentes vinculantes, como sói ocorrer nos países da *common law* (e aqui se reporta à necessidade da distinção de uma súmula, genérica, de um precedente, fulcrado nas razões fáticas e jurídicas de um processo, mais específico), mas sim passou a ter algo que em muito se assemelha à produção normativa, conforme se extrai das lições de Rodolfo de Camargo Mancuso:

No atual contexto jurídico-político do país, deve merecer especial atenção a jurisprudência posta em sua plenitude, vale dizer, como “Direito Sumular”, quando então ela dá um salto de qualidade, nisso em que passa a operar como paradigma genérico e obrigatório para decisões em casos análogos, pendentes e futuros, concernentes a matéria objetivada em seu enunciado. Vista sob esses lindes, não há como negar que a Súmula vinculante passa a produzir efeitos análogos ao da norma legal, balizando condutas para o Judiciário, Administração Pública e os próprios jurisdicionados, atuando sob o trinômio “obrigatoriedade-abstração-generalidade”. É saber: a jurisprudência convertida em tais súmulas acaba condicionando comportamentos de natureza comissiva ou omissiva, a saber: a) o interessado fica informado de antemão se sua pretensão está porventura regida por Súmula e, a partir daí, tem condições de ponderar sobre a conveniência do ajuizamento da ação, notando-se aí o efeito preventivo-genérico do direito sumular; b) o juiz, mesmo que em foro íntimo tenha entendimento diverso do indicado no enunciado vinculativo, aplica-lo-á ao caso concreto, até porque, a proceder de outro modo, de um lado estará protraindo inutilmente o desfecho da causa, e, de outro, se sujeitará a ter a sua decisão cassada, como resultado do acolhimento de reclamação (CF § 3º do art. 103-A)”. (MANCUSO, 2010, p. 89).

Para se compreender as regras provenientes dos sistemas de precedentes vinculantes é necessário, também, compreender as regras do *stare decisis* (“decisão de acordo com os casos julgados”) (DWORKIN, 2002, p. 122). A doutrina do *stare decisis* parte da premissa que casos iguais devem ser decididos do mesmo modo (*stare decisis et non quieta movere*). É a política que requer que os juízes subordinados à Corte que produziu o precedente o sigam e que, de regra, não disturbem um ponto estabelecido. Esse princípio, aplicado à doutrina do

stare decisis para estabelecer o precedente vinculante, veio da tradição do direito consuetudinário inglês através do caso *beamisch v. Beamisch*, conduzido em 1861 (CRUZ E TUCCI, 2012, p. 237)²⁹, para a cultura jurídica dos Estados Unidos. O precedente vinculante é o resultado do uso da doutrina do *stare decisis*. (PINHO; RODRIGUES, 2017, p. 285).

Criado no direito inglês, a doutrina do *stare decisis* termina tendo o alcance de sua aplicação distinto entre o direito inglês e o norte americano. No direito inglês – bem mais tradicional que o direito norte-americano – restou assentado que as cortes que estão vinculadas às regras do *stare decisis* não estão livres para desconsiderar um precedente vinculante, alegando que a razão que levou à formulação da regra contida em tal precedente pareceu ao julgador que, por alguma razão, perdeu sua força. Não seria cabível uma espécie de *anticipatory overruling of past precedents* se houver uma alteração na densidade normativa do precedente. Já no direito norte-americano, mais pragmático e menos conservador, os precedentes são seguidos de uma forma menos inflexível (PATRIOTA, 2017, p. 373), conforme será estudado ao nos debruçar sobre os tipos de *overrulings*³⁰.

3.2.2 A Importância do Precedente no Corpo do CPC/15

O sistema brasileiro de processo civil tradicionalmente era individual até a vigência do CPC/15, com as exceções das ações coletivas de origem, ou seja, daquelas ações que já partiam do início sendo coletivas, como as ações civis públicas, ações populares, mandados de segurança coletivo e ações coletivas em geral. Com o advento do CPC/15, uma série de novas situações foi imposta no que tange aos precedentes, que os elevou a um patamar até então ainda não experimentado no processo brasileiro:

- a) uma decisão judicial, quer seja interlocutória ou definitiva, não se considera fundamentada se deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte (art. 489, VI) ou se, invocá-los, não identificar os seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se justifica àqueles fundamentos (art. 489, V);

²⁹ Segundo o autor, “na conhecida decisão do caso *Beamisch v. Beamisch*, conduzida em 1861, pelo Lord Campbell, ficou virtualmente estabelecido que a *House of Lords* estaria obrigada a acatar a sua própria autoridade proclamada nos julgamentos: ‘[...] o direito declarado na *ratio decedendi*, sendo claramente vinculante para todas as cortes inferiores e todos os súditos do reino, se não fosse considerado igualmente vinculante para os *Law Lords*, a *House of Lords* se arrogaria o poder de alterar o direito e legislar com autônoma autoridade’.” (CRUZ E TUCCI, 2012, p. 237).

³⁰ Segundo Marta Valéria Patriota, “na prática, está o tribunal americano livre e até obrigado a se afastar do precedente judicial se, em virtude de uma alteração na conjuntura social, sua adesão for prejudicial aos interesses públicos que, nesses casos, prevalecerão sobre a pretensa estabilidade do direito.” (PATRIOTA : 2017, p. 373).

- b) para a edição de enunciados de súmulas, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação. Noutros termos, os tribunais devem clarificar nas súmulas as circunstâncias fáticas em que a súmula foi construída;
- c) os cumprimentos provisórios de sentença dispensam caução se a sentença provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do STF ou do STJ (art. 521, IV);
- d) os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente (art. 926);
- e) os julgamentos em *overrulings* que alterem jurisprudência dominante de tribunal superior admitem modulação de efeitos com o fito de aumentar a segurança jurídica (art. 927, § 3º);
- f) a modificação de jurisprudência pacificada em julgamento de casos repetitivos terá que observar a necessidade de fundamentação adequada e específica para a preservação dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (art. 927, § 4º);
- g) os precedentes serão publicados e organizados por tema pelos respectivos tribunais (art. 927, § 5º).

Para muitos,

O artigo 926 representa uma nova era processual, com intuito de sistematizar uma ótica processual diversa da atual, concedendo uma força até então inexistente à utilização dos julgados. Os tribunais terão o dever de uniformizar as suas posições, o dever de imaginar-se um só judiciário, um só órgão. (LEMOS, 2015, p. 137)

O objetivo do novo CPC é fazer com que o Judiciário seja um elemento uno ao invés do somatório de posições individuais de 15 mil juízes com o fito de dar maior segurança jurídica às decisões judiciais e terminar com a loteria jurisdicional de temas, cuja solução final estaria sendo construída através de um constante “sorteio” no curso do processo, a depender do juiz para quem a ação foi distribuída, para que turma no tribunal o recurso foi distribuído e assim por diante.

3.2.3 Os Precedentes Vinculantes e os Precedentes Persuasivos

Nem todos os precedentes judiciais vinculam, mesmo nos países da *common law*. Há o que eles chamam de precedentes vinculantes (*binding precedents*), formados com a pretensão de orientar as futuras decisões de forma obrigatória, e os precedentes persuasivos

(*persuasive precedents*), que são aqueles destinados a resolver o caso presentemente julgado, sem a pretensão de vincular as demais demandas. Assim, tem-se:

- a) *binding precedents* (ou precedentes vinculantes). São os precedentes cuja obediência aos demais juízos e órgãos públicos será de forma obrigatória. Estas decisões possuem um efeito anexo, um efeito expansivo que a torna obrigatória para as demais pessoas que não participaram do processo;
- b) *persuasive precedents*. Estes precedentes não são fixados com a pretensão de serem seguidos; são considerados apenas decisões específicas para aquele caso concreto que, a despeito de não serem vinculantes, poderão *persuadir* os próximos julgadores a seguirem a sua fundamentação nas situações símiles.

Os precedentes persuasivos são casos que fornecem razões contributivas para decidir um novo caso de acordo com a decisão de um caso antigo. Como tais, são razões formais. Provavelmente haveria motivos substantivos para decidir o caso antigo como realmente foi decidido e, se um novo caso é semelhante ao antigo caso, com as mesmas razões substantivas, e se o novo caso é decidido de forma distinta, o precedente não desempenhou um papel como tal, nem mesmo persuasivo. O precedente é considerado persuasivo quando ele, efetivamente, influencia o novo julgado. Na verdade, quase todos os sistemas jurídicos reconhecem precedentes persuasivos, o que pode ser explicado pelo fato de que tratar casos semelhantes de forma semelhante é visto como um dos princípios basilares da justiça (SMITS ; 2006, p. 414-415)³¹.

Os precedentes vinculantes, ao seu turno, não se constituem apenas em razões para decidir novas causas, mas também são razões de exclusão para desconsiderar outras linhas interpretativas potencialmente relevantes. Devido à sua força exclusiva, os precedentes vinculantes não precisam em tese ser novamente confrontados com outras razões que lhes seriam competitíveis – salvo nas hipóteses de *overruling*, feitas através de procedimentos próprios. Se um precedente vinculante é aplicável em um caso concreto, ele lhe dará o resultado. Esta forte força de precedentes vinculantes significa que o seu funcionamento é

³¹ No original: “Persuasive precedents are cases that provide contributive reasons to decide a new case in accordance with the decision of the old case. As such they are formal reasons. There were probably substantive reasons to decide the old case as it was actually decided and, if a new case is similar to that old case (more or less), the same substantive reasons, the precedente did not play a role as such, not even a persuasive one. A precedente only plays a role as such if it adds to the force of the substantive reasons contained in it. What is added is the force of precedente, and this is a formal reason. It depends on the legal system in question: (a) whether it recognizes persuasive precedents; (b) under which circumstances a precedente has persuasive force; and (c) what is the weight of a persuasive precedente as a contributive reason for a particular decision. [...] In fact (almost) all legal systems recognize persuasive precedents, which may be explained by the fact that treating similar cases in similar ways is seen as principle of fairness.”

guiado por uma série de regras que determinam quais precedentes (se houver) têm força vinculativa e, principalmente, quais partes dos precedentes possuem essa força obrigatória (Smit, 2006, p. 415)³².

Os ingleses cultuam o sistema dos precedentes vinculantes e insistem, com muita frequência, nos objetivos deste regime: gerar uniformidade, estabilidade, consistência e previsibilidade (WAMBIER, 2012, p. 42).

3.2.4 *Ratio e Voluntas Decidendi*, o *Obiter Dictum* e a Evolução do Método de Testes de Wambaugh para Eisenberg

3.2.4.1 *A Ratio e a Voluntas Decidendi*

Lidar com um precedente do passado significa lidar com as palavras produzidas no julgamento. Estas palavras podem ter força impositiva e promulgatória de um precedente, o que demonstra que tanto as regras firmadas quanto as palavras escritas do julgado paradigma possuem força interpretativa inegável para os casos futuros. Para Lucas Buril de Macêdo, “[...], deve-se perceber que a norma do precedente é diferente do texto do precedente, sendo equivocado reduzi-la à fundamentação ou qualquer combinação de elementos da decisão do qual advém – da mesma forma que não se deve reduzir a normal legal ao texto da lei.” (MACEDO, 2015, p. 216).

A inserção do sistema de precedentes vinculantes no direito processual brasileiro traz uma importante reflexão sobre o atual quadro de interpretação dos precedentes *made in Brazil*. Não é de hoje que as partes importam ementas de julgados do STF, do STJ ou do TST sem se aterem aos fatos que originaram aqueles precedentes (até então) persuasivos. Em um jogo de palavras desconexas da realidade da causa, por vezes pode-se alterar integralmente o sentido do julgado e ir de encontro ao precedente sob a argumentação de que o está seguindo.

³² No original: “Binding precedents are not only reasons to decide new cases in a particular way, but also (exclusionary) reasons to disregard other potentially relevant reasons. Because of their exclusiary force binding precedents need normally not to be balanced against competing contributive reasons. If they are applicable, they normally determine the outcome of the cases in which they are applicabel. This strong force of binding precedents menos that their operation is guided by a number of rules which determine which precedents (if any) have binding force for whom, and which parts of the precedents have this binding force. This notion of binding precedente goes hand in hand with the rule of stare decisis which assigns binding force to a number of precedents. In this connnection it is customary to distinguish between horizontal and vertical bindiness. The horizontal dimension concerns the issue wheter and to what extent (for which courts) it accepts horizontal and vertical bindingness. Because binding precedents provide reasosn which are even more formal than persuasive precedents (because they exclude the relevance of other potential reasons), a legal system is the more formal, the more binding precedents are recognized. Even if a precedente is binding, not every part of it is binding.”

Nesse ponto, a vinda do estudo dos precedentes no processo brasileiro pode jogar uma luz efetiva sobre o que vem sendo feito até o presente momento. Na importante observação de Lenio Streck e Georges Abboud,

A doutrina dos precedentes funda-se nos seguintes aspectos: a seleção de quais precedentes são similares o suficiente para confrontarem o caso a ser decidido às considerações de mérito da cadeia de precedentes; a identificação e articulação dos elementos contidos nos precedentes, a fim de identificar qual a premissa/regra jurídica contida nos casos anteriores (*ratio decidendi*) que pode ser utilizada para solucionar o caso e o exame das circunstâncias particulares que um vez presentes permitem que o juiz se afaste da aplicação do precedente vinculante por meio da utilização do *distinguishing*.

Embora não seja possível simplesmente “importar” irrefletidamente os conceitos teóricos formulados para (e por) uma tradição jurídica diversa, essas noções são fundamentais para conter o fenômeno que já vem ocorrendo no Brasil desde muito antes do advento do CPC, e que Maurício Ramires chamou de “uso diletante de enunciados descontextualizados retirados de decisões de casos passados sobre cujas particularidades nada se sabe” (STRECK, ABBOUD, 2015, p. 177-178).

Mesmo nas decisões que são consideradas precedentes vinculantes nem todas as partes que “dizem o direito” a tudo vincula. A parte vinculante de um precedente é denominada de *ratio decidendi* (ou, na linguagem do processo norte-americano, *holding*). É na *ratio decidendi* que as matérias mais importantes são, efetivamente, confrontadas e decididas. Não há como se estudar os precedentes vinculantes sem se ater à *ratio decidendi*. Prever, advogar e justificar o efeito vinculativo de um precedente em casos subsequentes exige que se identifiquem os elementos autoritativos do precedente vinculante e se mostre como eles podem ser aplicados a casos posteriores envolvendo fatos símiles. Neste tema, Teresa Arruda Alvim Wambier leciona:

Claro que a expressão *ratio decidendi* também pode ser entendida em sua dimensão descritiva: ‘descritivamente, a expressão significa simplesmente uma explicação do raciocínio que levou a corte à conclusão, baseado em elementos sociológicos, históricos e até psicológicos (...)’. Mas o que nos interessa aqui é o sentido prescritivo da expressão *ratio decidendi* [...]

Trata-se da *proposition of law* (=proposição de direito), explícita ou implícita, considerada necessária para a decisão. É o *core* da decisão. (WAMBIER, 2012, p. 44).

Ao meu sentir – e neste ponto, *datissima venia*, divirjo da ilustre processualista acima citada não no que tange ao sistema da *common law*, mas sim a sua adaptação ao sistema brasileiro – a *ratio decidendi* no sistema processual brasileiro não equivaleria à *rule*,

mas sim ela antecede à formação da regra dentro da decisão³³, conforme será visto mais adiante. *Ratio decidendi* são razões de decidir e, de fato, ocupam a posição central da decisão e, no nosso sistema, constitui fator constitucional de validade das decisões judiciais (decisão judicial sem fundamentação é nula de pleno direito – já o diz o artigo 93, IX, da Constituição Federal)³⁴. Na *ratio decidendi* para o processo brasileiro estão os elementos que levaram um determinado tribunal a criar uma nova regra de direito (o sentido de *rule*, no inglês jurídico, é o de uma regra, não a “fundamentação” da regra, que são conceitos absolutamente distintos de acordo com a nossa tradição processual)³⁵.

A *ratio decidendi* pode significar tanto razão da decisão quanto razão para decidir. O raciocínio do juiz pode ser fiel à *ratio*, mas a *ratio* em si mesma é mais do que o raciocínio (DUXBURY, 2008, p. 68)³⁶; em outras palavras, “a *ratio decidendi* transcende ao precedente do qual é compreendida [...], seu significado não está adstrito ao que o juiz lhe deu ou quis dar” (MACÊDO, 2015, p. 217).

Em importante lição, Luiz Guilherme Marinoni afirma que a *ratio decidendi* é de vital importância para a análise dos fundamentos que embasaram o dispositivo de um julgamento em recurso especial repetitivo (que, conforme será visto mais adiante, também forma precedente vinculante):

Isso quer dizer que o julgamento do recurso especial não deve mais ser pensado como uma mera solução do caso concreto. Por consequência, não pode importar apenas a parte dispositiva da decisão da Corte, que corrige ou não a decisão objeto do recurso. Quando se pensa na definição do sentido do direito importam os fundamentos determinantes da solução do caso concreto. São as razões de decidir, ou mais precisamente, as razões determinantes da solução do caso que assumem

³³ Tal distinção conceitual entre o que seria a *ratio* no Brasil e nos EUA decorre do fato de que lá a sentença ou acórdão não possuem uma sistemática de formação à brasileira; enquanto que no Brasil temos, com clareza, a divisão no *decisum* dos fatos (relatório), da fundamentação e do dispositivo, nos EUA as sentenças e acórdãos são textos mais corridos e no meio da decisão tem-se o que chamamos de dispositivo (às vezes, os textos decisórios prosseguem após decidir, o que não ocorre por aqui).

³⁴ “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”

³⁵ “Rules. Standards of behaviour that impose an obligation wich individuals not only feel obliged to obey but where non-compliance will result in criticism from others. Rules can be contrasted with habits, which may be examples of convergent behavior but where non-compliance will not provoke criticism from others. Legal rules (as opposed to moral or other social rules) are those where the obligation is imposed by law and where non-compliance will be a matter for the state’s centralized organs of coercion.” (WEBB : 2009, p.447).

³⁶ Entendo, entretanto, que no sistema do *common law*, de fato, a doutrina entende que a *ratio decidendi* é, de fato, a regra: “It is important to establish that is not the actual decision in a case that sets the precedent; that is set by the rule of law on which the decision is founded. This rule, which is an astraction from the facts of the case, is know as the *ratio decidendi* of the case. The *ratio decidendi* (latin for ‘reason for deciding’) of a case may be understood as the statement of the law applied in deciding the legal problem raised by the concrete facts of the case” (SLAPPER; KELLY, 2009, p. 120).

relevo quando se tem em conta uma decisão que, além de dizer respeito aos litigantes, projeta-se sobre todos e passa a servir de critério para a solução dos casos futuros. Não basta saber se a decisão é favorável ou contrária ao recorrente, mas é preciso compreender o entendimento da Corte, ou melhor, as razões que levaram a Corte a decidir a favor ou contra o recorrente, escolhendo uma interpretação em detrimento de outra ou de outras. (MARINONI, 2015, p. 20).

É através da *ratio decidendi* e de eventual regra formada no corpo da decisão – e não simplesmente uma mera transcrição de ementas – que se verificará se há ou não semelhança entre o precedente e o caso concreto. Tanto que, neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça, nos casos de uniformização de interpretação de norma federal (art. 105, III, c, CF), requer sejam comparadas as *ratio decidendi* e não simplesmente comparações ementárias, demonstrando que a divergência entre tribunais não é de jurisprudência, mas sim de precedentes. Essa passagem, outrossim, revela que já existem há longa data no nosso sistema *ratio decidendi* de precedentes persuasivos³⁷.

A falta de uma cultura sobre o correto estudo da *ratio decidendi* é um problema a ser enfrentado pela nossa jurisdição fundada em precedentes vinculantes. Lorena Barreiros, nessa temática, leciona que:

Um primeiro sintoma da deformidade encontrável da utilização dos precedentes no Brasil é a sua invocação em um caso concreto apenas pela transcrição de sua ementa. Não raro, decisões judiciais informam estarem aplicando um dado precedente, cujo teor apenas refere a ementa, sem a preocupação de fazer o cotejo fático necessário para que se afira se o caso a ser julgado se insere ou não na linha argumentativa da *ratio decidendi* do precedente utilizado. Casos distintos são, assim, inseridos em uma ‘vala comum’, como se iguais fossem. [...]

Ainda mais comum é a utilização de enunciado de súmula vinculante (que constitui texto normativo que contempla a especificação da *ratio decidendi* de precedentes reiterados em matéria constitucional) como se de texto de lei se tratasse, olvidando-se que sua criação não se faz dissociada de casos concretos detentores de substratos fáticos que hão de ser considerados na aplicação do enunciado sumular.

A “ementocracia” e a excessiva abstrativização da súmula vinculante são indícios de desvirtuamento da utilização dos precedentes, impulsionados pela configuração teórico-dedutiva e racional do pensamento do jurista brasileiro (e, de uma forma geral, dos juristas de países associados à tradição da *civil law*). (BARREIROS, 2015, p. 198-199).

Uma das críticas ao sistema dos precedentes vinculantes é a de que ele “engessaria” a participação do Judiciário à reprodução de julgados anteriores como forma de fundamentação. Ao meu ver, essa crítica é decorrente de quem pensa que o sistema de precedentes vinculantes

³⁷ “É importante destacar que o conceito de *ratio decidendi* pode ser utilizado independente de o precedente ser obrigatório ou persuasivo. Trata-se de questão pertinente aos precedentes em geral, e não à sua obrigatoriedade. Assim, embora deva se destacar que o conceito é claramente essencial para o funcionamento do *stare decisis*, ele pode muito bem ser utilizado em um sistema jurídico de precedentes persuasivos destacando o elemento principal para a tomada de decisão e, por isso, dotado de maior eficácia persuasória.” (MACÊDO :2015, p. 218).

no Brasil seria próximo do sistema inglês do século XX, quando, em verdade, ele muito se aproxima do sistema norte-americano, mais flexível e mais sujeito aos *overrulings*. Indo além, dizer que um sistema de precedentes vinculantes engessa o Judiciário é o mesmo que dizer que o sistema da *civil law*, ao codificar a legislação, engessaria a atividade dos juízes, em uma crítica que parece se fundamentar “na jurisprudência analítica do século XX, modalidade do positivismo da *common law* equiparável ao positivismo exegético francês e ao pandectismo alemão” (STRECK; ABBOUD, 2015, p. 177).

Em outras palavras, ao formular a *ratio decidendi*, o magistrado age de forma símile ao que ocorre na esfera da criação da lei na famosa disputa sobre *voluntas legis* ou *voluntas legislatoris*. Na evolução da interpretação da *ratio decidendi* – que é exatamente o campo discursivo da regra criada - verifica-se que ela inequivocamente adquire ares próprios para o futuro, se desgarrando de eventuais opiniões próprias dos magistrados que a formularam. “A força da norma do precedente não está só na decisão, ela é (re)construída como um comando geral que vai além da fundamentação da decisão” (MACÊDO, 2015, p. 218).

Ela passa a ser considerada como *voluntas ratio*, entendida esta como sendo a fundamentação da norma de direito que está ínsita ao precedente vinculante e que a torna suscetível a interpretações evolutivas. Como bem apontado por Goodhart, de fato, a *rule of law* que se torna vinculante para os casos subsequentes não é a que consta, expressa ou implicitamente da decisão, mas a que é construída por juízes que posteriormente atuam nos casos análogos (GOODHART, 1934, pp. 40-65)³⁸.

Ou seja, para se saber se um precedente vinculante é aplicável ao caso, é necessário se fazer um exercício hermenêutico similar ao daquele que irá descobrir qual norma jurídica será aplicável ao caso concreto:

Portanto, lá como cá, inexistente aplicação mecânica ou subsintiva na solução dos casos mediante a utilização do precedente judicial. Isso porque não existe uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar por efeito cascata diversos casos futuros. Sob essa perspectiva que deve guiar a aplicação dos artigos 926 e 927 do CPC. Nem tudo que estiver contido numa decisão vinculante (seja uma súmula, um acórdão jurisprudencial ou um precedente) é efetivamente vinculante, da mesma forma que o fato de estar previamente delimitado aquilo que é vinculante (por exemplo uma SV) nunca será dispensável a interpretação do julgador para precisar seu sentido perante o caso concreto. Mesmo a SV é passível de exame de seu “DNA”. Por fim, para resguardar o devido processo legal, aos litigantes deverá ser assegurada manifestação acerca do provimento vinculante que incidirá no caso concreto. (STRECK; ABBOUD, 2015, p. 178).

³⁸ *Apud* (WAMBIER : 2012, p. 89). No original citado em Wambier: “The rule of law for which a case is of binding authority is not one which is pronounced, explicitly or implicitly, but the judge in the precedent case, but which is constructed by later judges”.

Indo além, a aplicação do precedente vinculante será precedida de um amplo debate entre as partes, à luz das regras do contraditório e da que proíbe decisão surpresa. Haverá, também, a possibilidade de interpretações evolutivas do precedente vinculante anteriormente firmado, pois “imaginar uma lei, um precedente ou uma decisão vinculante contendo a norma pronta em si para resolver diversos casos consiste em crença intolerável pelo pós-positivismo” (STRECK; ABOUD, 2015, p. 182). No mesmo sentido, Frederick Shauer leciona:

A passagem do tempo exalta a dificuldade de desembarcar um precedente de sua consideração linguística específica, porque o processo de caracterização da decisão não se encerra com a sua primeira formulação. Nós, necessária e continuamente, reinterpretemos o passado à medida em que entramos no futuro. Pessoas outras que os julgadores iniciais falam e usam, e neste processo recaracterizam as decisões do passado. A história de uma decisão muda à medida em que ela passa de geração para geração, assim, como as palavras sussurradas de uma criança para criança em um jogo de “telefone sem fio”. Decisões pretéritas, portanto, chegam ao presente impregnadas com os comentários e caracterizações da sociedade sobre essas decisões.

No momento em que consideramos as razões de uma decisão contemporaneamente analisada, no entanto, a caracterização dessa decisão é relativamente aberta. Não há caracterização impositiva com exceção daquela que escolhemos criar. Ao elaborar uma decisão, devemos reconhecer as suas várias caracterizações subsequente e, por conseguinte, as várias direções nas quais ela poderá vir a ser entendida. (SCHAUER, 2015, p. 52).

Para que isto ocorra, entretanto, é necessário que o tribunal que formulará o precedente vinculante deixe bem claro, no início e sobretudo durante o julgamento, qual ou quais serão as teses postas à apreciação, sob pena de cada ministro ou desembargador votar de forma desconexa de seus pares e o julgamento final ficar sem uma *ratio decidendi* identificável, o que trará problemas para os futuros intérpretes do precedente vinculante. Nesse sentido, Marinoni adverte:

Para efeito da compreensão do significado de *ratio decidendi*, é interessante notar em primeiro lugar, que uma Corte de Precedentes deve definir, no início do julgamento, o que está posto para julgamento e o que supera a fase de admissibilidade e, assim, exige o efetivo julgamento do colegiado. Em outras palavras, é preciso não só descrever as questões oferecidas a julgamento, como também realizar, de forma individualizada, a análise da admissibilidade do julgamento destas questões. Essa técnica evita o esquecimento da necessidade de efetiva deliberação de algumas questões, assim como a mistura do julgamento de pontos que dizem respeito à admissibilidade e ao mérito do recurso. (MARINONI, 2015, p. 50)³⁹.

³⁹ Marinoni cita um caso do STF que aplica dois precedentes anteriores e, ao final, não se tem uma ideia do que foi a *ratio decidendi* final, em face da disparidade de fundamentos dos Ministros.

Seu ponto de partida é a relativização da Súmula 343, que vedava a rescisória para rever uma interpretação de lei que era controvertida nos tribunais à época de sua prolatação. Posteriormente, o STF relativizou, afirmando que a súmula não se aplicaria às literais violações de normas constitucionais. Para Marinoni,

De igual forma, ao fixar uma súmula que reflita precedentes vinculantes, devem os tribunais “ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação” (art. 926, § 2º, CPC). Ou seja, no nosso atual sistema processual, não basta apenas a edição de uma súmula expressando apenas matéria de direito; é necessário que ela identifique as circunstâncias fáticas que motivaram sua criação. Os fatos fazem parte da *ratio decidendi* junto com a fundamentação jurídica e devem ser transparentes para interpretações futuras.

“deixe-se bem claro que o Supremo Tribunal Federal, antes do recente precedente firmado no RE 590.809, sustentava que a decisão transitada em julgado, caso divergente de interpretação ou precedente ulterior do Supremo Tribunal Federal, podia ser desconstituída mediante ação rescisória. [...]”

O RE 590.809, que revogou o entendimento que até então prevalecia no STF, firmando o precedente de que manifestação do STF ulterior ao trânsito em julgado da decisão, não é fundamento para a sua desconstituição mediante ação rescisória, foi provido por sete votos a dois. O recurso foi provido por sete votos, mas com base em três fundamentos distintos: os Mins. Marco Aurélio, Celso de Mello, Luiz Fux, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski adotaram o fundamento de que novo entendimento judicial ou precedente do STF não pode constituir base para a rescisão de decisão que com ele confronta. O Min. Toffoli reconheceu a decadência da ação rescisória e não se manifestou sobre a questão da possibilidade da desconstituição de decisão com base em precedente ulterior do STF. A Min. Cármen Lúcia rejeitou a decadência e o fundamento sustentado pelos cinco Ministros, provendo o recurso depois de admitir a ação rescisória e analisar a questão do creditamento de IPI relativo à aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero. Lembrou a Min. Cármen que, ‘no caso dos autos, o julgado objeto da ação rescisória foi publicado em 24.03.2004, portanto, no período de 18.12.2002 e 25.06.2007, quando a jurisprudência prevalecente neste Supremo Tribunal indicava a possibilidade de creditamento de IPI pela aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero. Embora desde 25.06.2007 a jurisprudência deste Supremo Tribunal tenha assentado ser inviável a utilização de créditos tributários correspondentes à aquisição de insumos isentos, não tributados ou sujeitos à alíquota zero no que concerne ao Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, o julgado rescindendo não é deste período’. Nessa linha, concluiu a Min. Cármen que ‘o julgado recorrido desconsiderou a alteração jurisprudencial promovida por esse Supremo Tribunal Federal em data posterior à decisão rescindenda e que o julgado rescindendo levou em conta o que prevalecia como orientação jurisprudencial’. Com base nisso, deu provimento ao recurso extraordinário. O min. Teori não conheceu da questão da decadência, não abordou o fundamento sustentado pela Min. Cármen e dissentiu da maioria. O Min. Gilmar também não conheceu da questão da decadência e não tratou do fundamento firmado pela Min. Cármen, perfilhando-se ao lado do Ministro Teori para dissentir do fundamento da maioria. [...]

No caso *Metabel v. União*, o relator, o Min. Marco Aurélio, desde logo se pronunciou apenas e tão somente acerca da questão relativa à aplicabilidade da Súmula 343, ou seja, sobre a questão pertinente à possibilidade do entendimento do STF poder ser utilizado como fundamento para se rescindir coisa julgada que se formou a partir de uma decisão dotada de interpretação divergente. A questão da decadência só apareceu no pronunciamento do Ministro Toffoli. Após a sua decisão, que admitiu a discussão da questão da decadência e declarou a sua existência para prover o recurso extraordinário, todos os demais Ministros que tocaram no tema – alguns dele não trataram – não admiraram o recurso em relação a essa questão. Isso quer dizer que o Min. Toffoli, bem vistas as coisas, não deveria ter adentrado no mérito da questão, declarando a decadência. Ora, numa Corte cuja voz, na medida do possível, deve ser uníssona, não há sentido em admitir que alguém se pronuncie sobre o mérito de uma questão quando ao menos a maioria dos Ministros se nega a examiná-lo.

Não fosse isso, o Min. Toffoli não se pronunciou sobre o fundamento que acabou sendo amparado pela maioria, ou seja, pelos cinco Ministros que entenderam que o entendimento ou precedente do STF não pode amparar ação rescisória para invalidar coisa julgada que se formou com base em interpretação divergente. Deixando-se de lado a questão da maioria necessária para o provimento do recurso, cabe notar que a *ratio decidendi* não foi considerada pelo Min. Toffoli e não foi compartilhada pela Min. Carmen Lúcia, ainda que o provimento do recurso tenha sido proclamado por sete votos a dois. Note-se que, caso o Min. Barroso tivesse votado e, por hipótese, não se colocasse ao lado dos Min. Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber, Celso de Mello e Ricardo Lewandoski, não haveria uma *ratione* ou um fundamento compartilhado pela maioria da Corte. Não existiria, portanto, *ratio decidendi*. (MARINONI : 2015, p. 48-51).

3.2.4.2 O *Obiter Dictum*

Já as partes não vinculantes dos precedentes são tradicionalmente chamadas de *obiter dictum* e podem ser traduzidas como aquelas partes da decisão onde são ditos determinados direitos *a latere*, apenas em matéria de reforço; daí a razão pelas quais elas são colocadas em segundo plano e, tradicionalmente, não são essenciais para o *decisium* e, por esta razão, não são extasiadamente discutidas no processo e não fazem parte futura norma a ser seguida⁴⁰.

Em muitos casos, pode haver uma parte do raciocínio do juiz que não integra a *ratio*, mas os *obiter dicta*. Um *obiter dictum* é o que é dito de passagem – “outras coisas ditas”. Na prática e em casos reais, ambos os conceitos podem produzir manchas no outro (DUXBURY, 2008, p. 68)⁴¹ porque sua distinção nem sempre será uma matéria fácil. A diferença entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* está pautada justamente em separar o que é vinculante e o que não é obrigatório.

Essa separação é de extrema relevância para o sistema do *stare decisis*, principalmente para o caso do Brasil, onde o nosso sistema terá que se adaptar a um modelo distinto e de consequências ainda em fase de testes. Como já se observa na jurisprudência atual, há vários casos em que os tribunais declaram (o que não quer dizer que decidem) – em importantes julgados – matérias *a latere*, expondo muitas vezes o ponto de vista pessoal em uma matéria de reforço argumentativo, sem expressamente informarem que estão realizando tal ato fora das razões vinculantes, o que pode trazer inúmeras dúvidas aos futuros intérpretes.

Ignorar a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* termina por implicar, também, em uma espécie de violação ao princípio do devido processo jurídico (*due process of law*), pois tradicionalmente as matérias em *obiter dictum* não passam pelos critérios dialéticos rigorosos que são destinados à *ratio decidendi*, conforme será visto em capítulo próprio.

3.2.4.3 Os Métodos de Distinção entre *Ratio Decidendi* e *Obiter Dictum*. Evolução Do Método de Wambaugh para Branting no Sistema da Common Law

O grande problema para o futuro intérprete é saber o que vem a ser uma *ratio decidendi* e um *obiter dictum* em um precedente vinculante. Nem sempre a tarefa será fácil e é extremamente recomendável que os precedentes contenham, em si, um trecho em destaque do voto para declarar qual será a regra interpretada com aspectos vinculantes, como sói vem

⁴⁰ Essa distinção é de vital importância, tendo em vista que em recentes casos no sistema jurisdicional brasileiro as matérias decididas *obiter dicta* em precedentes persuasivos foram, equivocadamente, encaradas como se fossem *ratio decidendi* e causaram vários tumultos interpretativos.

⁴¹ No original: “*Ratio decidendi* can mean either reason for decision or reason for deciding. Judicial reasoning maybe integral to the ratio, but the ratio itself is more than the reasoning...”.

ocorrendo em alguns julgados de recursos especiais repetitivos pelo STJ. Entrementes, advogados e magistrados poderão se ater a outros pontos do processo e defender os demais fundamentos como também partícipes dos efeitos vinculantes. Estes motivos determinantes seriam, em suma, também *ratio decidendi*.

Assim, nos países da *common law* este problema já é enfrentado há séculos. O primeiro grande teórico da *ratio decidendi* em precedentes vinculantes foi Eugene Wambaugh, que afirmou ser a parte da *ratio decidendi* passível de ser testada inequivocamente da seguinte forma: as partes do argumento que são consideradas parte da *ratio decidendi* são necessariamente condições da conclusão do acórdão (SMITS, 2006, p. 415). Ou seja, se as *rationes* fossem em sentido contrário, o julgamento se daria em sentido invertido também. Segundo Lucas Buril de Macêdo,

Consoante defende Wambaugh, é preciso primeiramente formular cuidadosamente a suposta proposição jurídica. Em seguida, deve-se inserir na proposição formulada uma palavra que a reverta. Então, é preciso questionar se, caso o tribunal tivesse concebido a nova proposição alcançada, e a considerado na tomada da decisão, o resultado teria sido o mesmo. Caso a resposta seja afirmativa, a proposição original não é a *ratio decidendi* do precedente. Caso a resposta seja negativa, por outro lado, a proposição é a norma gerla que se deve extrair do precedente judicial. O teste de Wambaugh continua sendo ensinado e possui grande importância como método de definir, concretamente, as *rationes decidendi* dos precedentes. (MACÊDO, 2015, p. 220)

Submetida a testes, o método traria resultados falsos se o caso tivesse duas *rationes* operativamente independentes, pois a inversão do teste de Wambaugh faria crer que a outra *ratio* seria *obiter dicta* e, no fim, ambas seriam ao mesmo tempo *ratio* e *obiter*, o que termina levando à falibilidade do método (DUXBURY, 2008, p. 77)⁴².

⁴² “There are some things that can be said about the *ratio decidendi* with certainty. It is certainly wrong, for example, to define the *ratio decidendi* as a proposition in a judgment which, were its meaning to be inverted, would have altered the decision. ‘The beginner can determine whether a given proposition of law is involved in a given case’, Eugene Wambaugh argued in 1892, by ‘first fram[ing] carefully the supposed proposition of law. Let him then insert in the proposition a word reversing its meaning. Let him then inquire whether, if the court had conceived this new proposition to be good and to be the point upon which the case ought to turn, the decision could have been the same. If the answer be affirmative, then, however excellent the original proposition may be, the case is not a precedent for that proposition... Although Wambaugh found something resembling this test in a United States Supreme Court decision of 1853, his argument is in fact closer to that which Vaughan C.J. had formulated in the seventeenth century. It was intimated earlier that Vaughan’s method for distinguishing *rationes decidendi* from *obiter dicta* is not especially reliable. In fact, the main reason for doubting Wambaugh’s test and the reason for doubting Vaughan’s are the same: were a court bases its decision on two alternative grounds, taking either ground and reversing its meaning does not alter the decision, for although the meaning of one of the grounds sufficient to support the decision has thereby been reversed, the other one is undisturbed and so the decision stands. Where a case contains two independent operative *rationes*, in other words, the inversion test decrees that there are only *obiter dicta*, for neither *ratio* is necessary to the decision (DUXBURY : 2008, p. 76, 77).

Em outro teste, popularizado por Arthur Goodhart, afirma que a construção fática do caso *sub oculo* (causa de pedir) são a constituição da *ratio decidendi*. Se há algo decidido fora do suporte fático do processo, isso será considerado *obiter dicta*. Para Lucas Buril de Macêdo,

Conforme Goodhart, para descobrir a *ratio decidendi*, chamada constantemente pelo jurista de “princípio do caso”, é imprescindível determinar quais fatos foram sustentados como materiais, é dizer, qual a categorização dos fatos que foi reconhecida pelo tribunal como relevante para a decisão. É necessário que o intérprete considere todos os fatos que foram observados pelo juiz para que, em seguida, identifique quais fatos foram substanciais para a decisão. Para determinar os fatos materiais são fornecidas várias formas de exames. O jurista acrescenta que todos os fatos que são expressamente considerados como materiais devem ser considerados materiais pelo julgador subsequente e que os fatos hipotéticos levam sempre a um *obiter dictum*. Dessa forma, a definição da *ratio* de um determinado precedente judicial é guiada pela identificação dos fatos substanciais para a prolação da decisão. (MACÊDO, 2015, p. 220-221)

No sistema processual norte-americano, tal método falhou na análise do importante caso *Roe v. Wade*, que legitimou o aborto nos EUA em precedente vinculante da Suprema Corte⁴³.

Analizando sob a ótica do processo brasileiro, uma das características da norma extraída do precedente vinculante é que ela não está vinculado aos limites objetivos da lide pois, por ser cognitivamente aberto à luz da teoria de Luhmann, a formação do precedente recebe contribuições (ou irritações sistêmicas) de diversos outros segmentos sociais, orientando o magistrado a adotar uma decisão o mais legítima e argumentativamente

⁴³ “... é interessante trazer-se aqui um caso da jurisprudência americana: *Roe v. Wade* (410 U.S. 113[1973]). Em *Roe*, uma mulher (Jane Roe, um pseudônimo) moveu uma *class action*, tendo-lhe sido reconhecida legitimidade, atacando uma lei do Texas que criminalizava a tentativa de aborto, salvo no caso de se ter de salvar a vida da mãe. O que se levou em conta foi o voto do juiz Balekmun, em que este não só revogou a lei, mas, à luz desse caso, começou a avaliar outras leis estaduais sobre este tema. Em seu voto, entendeu que a lei não se harmonizava com o direito à *proivacy* (14ª *Adment*) e fixou uma série de regras, cujo objetivo era o de equilibrar o direito da mãe (de abortar) e o do feto (de viver). Este primeiro direito, a mãe o teria, se o aborto não lhe ameaçasse a vida, portanto, no primeiro trimestre, sendo um direito absoluto. No último trimestre, o Estado pode regular e até proibir o aborto, salvo quando necessário para preservar a saúde ou a vida da mãe. Nesta fase, preserva-se o direito do feto, que já pode viver fora do útero da mãe. No segundo trimestre, o que deve prevalecer, na disciplina que o Estado dê ao tema, é o cuidado com a saúde da mãe. Isso foi decidido e foi apontado expressamente na decisão como sendo a *holding*. Mas, de fato, as decisões tomadas nada tinham a ver com os fatos da causa... As *law propositions* não eram *based on the facts of the case* (= baseadas nos fatos da causa). Claro que se pode objetar no sentido de que *Roe* moveu a ação num trimestre específico de sua gestação. Mas, por outro lado, veja-se que o caso foi decidido depois do fim da gravidez. Portanto, pode-se também estender que os três trimestres (o direito da autora durante estes três trimestres) estava posto à apreciação da Corte. Mas, veja-se ainda, o que a Corte disse a respeito do terceiro trimestre não é *leading to the judgment* (=não é conducente ao julgamento) – já que toda a lei foi tida como inconstitucional. Sobre o terceiro trimestre, declarou a Corte que o Estado poderia, sim, disciplinar e até proibir o aborto, fazendo prevalecer o direito do feto e não o da mãe. Então, segundo os critérios propostos por Michael e Maxwell, não faria parte da *holding*. Resolvi citar este caso só para demonstrar, de modo inequívoco, que a interpretação de um precedente, para que dele se extraia a *holding* ou a *ratio decidendi*, é uma tarefa tão (ou mais) complexa do que a de interpretar a lei. E que é possível, sim, extrair a essência de um *hard case*, para, com isso, promoverem-se formas de harmonização do sistema, por meio da uniformização.” (WAMBIER : 2012, p. 52-53).

abrangente possível. Esta decisão não pode estar limitada aos limites originais do litígio. Se assim o fosse, não haveria a necessidade de participação do *amicus curiae* para pluralizar o debate. A pluralização do debate da lide – autorizada legalmente – é o fundamento pelo qual o efeito expansivo do julgado irá a todos atingir e formará uma norma hermenêutica jurisprudencial para o futuro.

A função do precedente vinculante não é apenas decidir o caso concreto; é sobretudo tomar o caso *sub oculo* como ponto de partida para a criação de uma norma para o futuro. Daí o aprisionamento restrito a determinados fatos como sendo estanques é inviável e falhou na análise processual norte-americana.

Outrossim, limitar o alcance do precedente vinculante aos limites de sua lide originária é desconhecer o fato de que, tanto no Brasil como nos EUA o litígio coletivizado (lá chamado de *class action*) reúne argumentos de várias linhas de raciocínio e será objeto de contínua evolução interpretativa pelos demais julgadores *ad futurum*. Sua sistemática é, portanto, bem distinta de um processo individual sem repercussão geral. Vincular os limites do precedente vinculante à sua lide originária seria o mesmo que vesti-lo de uma camisa de força e torná-lo imprestável ao fim a que veio.

Entendo, entretanto, que a seleção dos fatos na sistemática processual brasileira seria um dos elementos de vital importância para uma correta análise do precedente sem se limitar o seu resultado final. Tal situação já foi antevista à luz do direito constitucional promulgado, quando o artigo 5º, XII, em sua redação originária previu a inviolabilidade do sigilo dos dados e das comunicações telefônicas. Poderia o magistrado, com base em lei regulamentadora, prever o chamado grampo telemático? Como se observa na redação, à época da Constituição de 1988 a internet ainda engatinhava no Brasil e era pouco mencionada, salvo nos meios acadêmicos mais avançados, mas mesmo assim muito distante do conhecimento da população. O fato era apenas poder quebrar sigilo dos dados telefônicos. Este era o fato original. Uma vez a internet sendo uma derivação do uso das linhas telefônicas, é possível também o seu grampo? Prende-se ao fato origem (ligação telefônica) e não se permite o grampo telemático?

Os fatos e o direito discutidos na lide original são importantes para o dispositivo que irá encerrar o processo individual; já o processo coletivizado terá um julgamento à parte do processo origem, conforme preceituam as regras processuais atuais (art. 978, parágrafo

único)⁴⁴. Assim, a escolha dos fatos para a formação do precedente vinculante poderá ser mais ampla (ou mais curta) que o debate estrito da causa.

Wambier traz um caso em que tal argumentação passa a ter uma relevância prática: “Um outro exemplo é capaz de deixar claro como realmente escolher o fato e formular a regra *não* são coisas tão diferentes. São os dois conhecidos casos *Barwick v. The English Joint Stock Bank* ([1866] LR 2 EX. 259) e *Lloyd v. Grace, Sith & Co* ([1912] AC 716). No primeiro caso, surgiu uma dúvida a respeito de ser o patrão responsável, em face da vítima, por uma fraude perpetrada por seu empregado, enquanto agindo como seu empregado. Um dos empregados do banco, fraudulentamente, induziu o autor a aceitar uma garantia sem valor, em relação a um débito contraído por terceiros. Este terceiro não pagou o banco. Foi, portanto, beneficiado o banco. A conclusão foi no sentido de que o banco seria responsável. Mas o fato de o banco ter tido vantagem, como resultado desta fraude, fez parte da *ratio*?

Ou seja, os fatos, para que se chegasse à conclusão de que o banco responde, foram: fraude perpetrada pelo empregado, em que o empregador lucra? Ou foram: fraude perpetrada pelo empregado? No caso subsequente, *Lloyd v. Grace, Sith e Co*, o *managing clerk* de uma firma de advogados fraudulentamente induziu um cliente em fraude, e, neste caso, não houve benefício algum para o empregador. Aplica-se o precedente? A decisão foi no sentido positivo e o fato de o empregador ter lucrado foi visto como um *obiter dictum*. (WAMBIER, 2012, pp. 47-48).

Ao juiz do segundo caso (que analisa em segunda ordem o precedente, ou seja, que o aplica) é necessário conceber *rationales* para ligar o precedente ao caso em análise. Teresa Arruda Alvim Wambier tece interessantes comentários para reforçar sua hipótese:

Os fatos podem ser identificados em níveis diferentes e generalização. Mas com certeza, ao formular a regra jurídica, o tribunal escolhe os fatos: não são duas operações distintas.

A discussão sobre o que seria a *ratio decidendi* também acaba, como se pode ver, envolvendo a tão problemática distinção entre questão de fato e questão de direito (*issue of law* e *issue of fact*).

J.L. Montrose diz, por exemplo, que: ‘muitas proposições de Direito diferentes podem aplicar-se a um caso: podem-se teoricamente construir várias *rules* diferentes, aplicáveis ao caso (...) E algumas características dos fatos podem servir como um ponto de partida para a escolha destas regras (*rules*) diferentes.

⁴⁴ Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

O que J.L. Montrose quer com isso dizer é que um caso pode ser resolvido por várias linhas de raciocínio jurídico e que a escolha dos fatos, a serem considerados como relevantes, é a base deste raciocínio. De um fato, ou de um conjunto de fatos diferentes, todos no mesmo contexto, podem derivar raciocínios diferentes.

Portanto, a escolha dos fatos já deveria vincular, segundo penso. O raciocínio também. Senão, a frouxidão do sistema de precedentes frustraria sua função. (WAMBIER, 2012, p. 47).

Quem qualifica os fatos como relevantes é o juiz (*facts do not speak for themselves*).

Se se entende que a escolha dos fatos e o raciocínio, a teoria adotada, vinculam, então é necessário desvendá-lo enquanto está implícito (WAMBIER, 2012, p. 48). O ponto onde discordo de Teresa Arruda Wambier é que os fatos não precisam ser exatamente iguais; é necessário observar a *ratio* que escolheu os fatos para perquirir se fatos símiles teriam a mesma *rule of law*. No caso de um precedente que determina à escola pública a retirada de barreiras físicas aos estudos de alunos portadores de necessidades especiais, estas barreiras físicas, entendidas como rampas de acesso no processo, poderiam ter a *ratio* do processo interpretada analogicamente às demais barreiras de acesso, como por exemplo o piso tátil para os portadores de deficiência visual? Ou, alternativamente, poderiam os futuros julgados admitirem, por analogia e utilizando-se da mesma *ratio*, que as barreiras psíquicas também fizessem parte do precedente vinculante?

De outro turno, os fatos podem ser insuficientes em alguns casos para se averiguar, na íntegra, a razão de ser do precedente vinculante. A *ratio decidendi* de um precedente inclui não apenas os fatos materiais do precedente, mas também a teoria que a decisão segue partindo dos fatos materiais⁴⁵. Ambos vinculam.

⁴⁵ Do original: “The *ratio decidendi* of a precedent includes not only the precedent’s material facts and decision, but also the theory under which the decision follows from the material facts. Goodhart’s model of *ratio decidendi* as material facts plus decision thereon has now been largely rejected. The most important reason for this rejection is that: [sometimes] it is quite impossible to formulate the *ratio decidendi* merely by reference to the facts, regarded as material by the court, and the decision based on those facts. It is often essential to know why certain facts were regarded as material and for this purpose it may be necessary to know what portions of the law were in the mind of the court when the selection was made (Cross, 1991). Cross (Cross, 1991) illustrates the importance of knowing the theory under which a case was decided with the example of *Bourhill v. Yong*, in which the following facts were found to be material: Young, a motorcyclist, was killed because of his own negligence when he passed a tram at excessive speed and collided with a car about 50 feet beyond the tram. At the time of the accident, the tram was stopped and Mrs. Bourhill was alighting. Mrs. Bourhill heard the collision and saw blood on the road after the accident and as a result suffered a nervous shock. Mrs. Bourhill was outside what Young ought to have contemplated as the area of potential danger that would arise from his careless driving, since she was alighting on the side of the tram opposite the side on which Yong passed. The decision was that Mrs. Bourhill’s action against Young’s estate was dismissed. From the material facts and the decision alone it is impossible to determine which of the following two rationales underlies the decision: (1) a driver owes no duty of care in respect of his driving to persons outside the area of reasonably foreseeable danger, or (2) although the driver owes a duty of care to such persons, damages flowing from nervous shock are too remote a consequence of the breach of duty to be recoverable. Without knowledge of the controlling rationale, it is impossible to determine from the material facts and the decision alone which of the following hypotheticals should be decided. H1. The same facts as *Bourhill* except that the motorcycle driven by Yong collides with a fireworks truck instead of a car, and Mrs. Bourhill is burned by a fragment from the resultant explosion of

Rupert Cross define a *ratio decidendi* como sendo “qualquer norma de direito expressa ou implicitamente tratada pelo julgador como um passo necessário para alcançar sua conclusão, considerando a linha de fundamentação adotada por ele” (CROSS; HARRIS, 1991, p. 72)⁴⁶. Para MacCormick, a *ratio decidendi* é uma norma expressa ou implicitamente dada pelo juiz, a qual é suficiente para decidir juridicamente a questão entre as partes, pondo um fim na análise dos argumentos em um dado caso, sendo um ponto em que um regramento era necessário para sua justificativas da decisão em questão (MACCORMICK; SUMMERS; GOODHART, 1991, n.p.)⁴⁷.

Por fim, Eisenberg define uma outra forma de definição do método de *ratio decidendi*: o da proclamação (*announcement*) do resultado (EISENBERG, 1988, pp. 54-57)⁴⁸. Assim, conforme se percebe, o que efetivamente faz o chamado método da proclamação (*announcement approach*) é fugir de critérios rígidos para chegar à norma do precedente, destacando-se o papel dos juízes que virão a interpretá-lo.

3.2.4.4 Ratio Decidendi Insuficiente e a Técnica do Narrowest Ground

fireworks. H2. The same facts as *Bourhill* except that Yong passes the tram on the same side as the alighting Mrs. Bourhill, missing her by inches and causing a several emotional shock. Under the first rationale, Mrs. Bourhill could recover in H2 but not H1. Under the second rationale, the results would be reverse. To summarize, in some cases, such as *Bourhill v. Yong*, there may be alternative theories under which the material facts could have led to the decision. A representation of *ratio decidendi* that includes only the material facts but excludes the operative theory is insufficient to distinguish among those theories” (BRANTING : 2000, p. 34).

⁴⁶ No original: “The ratio decidendi of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him”.

⁴⁷ No original: “A ratio decidendi is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his [her] justification (or one of his[her] alternative justifications) of the decision in the case”. Visualização através do [googlebooks](https://books.google.com.br/books?id=uluoDQAAQBAJ&pg=PT292&dq=maccormick+ratio+decidendi&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwj5qNyPrK7RAhWJQZAKHam0ATgQ6AEIJzAB#v=onepage&q=maccormick%20ratio%20decidendi&f=false) no site <https://books.google.com.br/books?id=uluoDQAAQBAJ&pg=PT292&dq=maccormick+ratio+decidendi&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwj5qNyPrK7RAhWJQZAKHam0ATgQ6AEIJzAB#v=onepage&q=maccormick%20ratio%20decidendi&f=false>.

⁴⁸ The third basic approach to establishing the rule of a precedent, which I shall call the announcement approach, avoids the force of Stone’s objection. Under this approach, the rule of a precedent consists of the rule it states, provided that rule is relevant to the issues raised by the dispute before the court. In contrast to minimalist and result-centered approaches, the announcement approach is implicitly grounded in the enrichment model of the courts’ role in establishing legal rules. On the one hand, the announcement approach gives weight to the rules announced by the court just on the ground that they are announced, thereby recognizing that the enrichment of the supply of legal rules is a valued function in itself. On the other, the announcement approach insists on some relation between the rule and the dispute, thereby recognizing that the function of enriching the supply of legal rules, although valued in itself, is nevertheless connected in important ways to the function of dispute-resolution. Partly in reflection of the descriptive power of the enrichment model, the descriptive power of the announcement approach is much greater than that of the minimalist and result-centered approaches. Few precedents would escape unscathed from a rigorous application of those approaches, but observation shows that courts usually reason from precedent by starting with the rule the precedent announced, rather than by pruning that rule back to its minimal contours or disregarding the rule entirely and instead constructing a rule out of the facts of the precedent and its result.”

Ao se incorporar um sistema de precedentes vinculantes, há de se ter em mente que o novo sistema implicará em uma necessidade de se alterar a forma como o Supremo Tribunal Federal julgará os futuros processos. Atualmente, não é raro observar precedentes sendo firmados sem *ratio decidendi*, com votos os mais diversos possíveis, convergindo ao final apenas para fins de ementa e dispositivo. Nesse ponto, Marcelo Neves faz interessante crítica ao *modus operandi* do STF:

Não se sedimenta uma jurisprudência que construa precedentes orientadores de futuros julgamentos. Relacionado a esse problema, ocorre, não raramente, uma deficiente clareza no verdadeiro fundamento da decisão. É verdade que essa questão relaciona-se com a própria organização institucional do procedimento de tomada de decisão no STF. Cada Ministro apresenta votos (geralmente longuíssimos) em separado, aduzindo argumentos e razões os mais diversos. Não é comum que cheguem aos mesmos resultados com argumentos os mais diferentes. O acórdão final torna-se, em casos relevantes, inconsistente: o fato de a maioria ou a unanimidade decidir no sentido da parte dispositiva do acórdão nada diz sobre os seus fundamentos, pois cada um aduz argumentos que, em alguns casos, são incompatíveis. Como se orientar em futuros casos com base em um acórdão confuso e, eventualmente, contraditório em seus fundamentos? Mas a questão não se refere apenas a essa forma de tomada do voto e de lavramento do acórdão (que fica praticamente a cargo do relator ou, quando está vencido, do revisor). Há também pouca clareza e consistência na posição da Corte como um todo e de alguns juízes em especial, com variações de caso a caso. (NEVES, 2013, p. 199).

Uma das técnicas empregadas pelo sistema norte-americano é a da *narrowest ground* – ou doutrina da base mais estreita e concordante (concordância enfática) – onde deve-se buscar a convergência mínima de teses nos votos condutores para tentar se formar uma *ratio decidendi*. De acordo com essa doutrina, quando um tribunal fragmenta a *ratio decidendi* do lado vencedor (no caso do STF, seriam seis votos no plenário), adota-se, como regra, o julgamento mínimo concordante, mesmo que este esteja abaixo da maioria necessária⁴⁹.

⁴⁹ No original: “Previous research has shown that when a winning coalition is small, majority opinion authors seek to accommodate their colleagues (see Murphy 1964; Wahlbeck, Spriggs and maltzman 1998). Wahlbeck, et. Al. (1999) found that justices in a minimum winning, majority conference coalition are less likely to write or join a special concurrence. Because doctrinal concurrences disagree with the reasoning of the Court, and, consequently, are more likely to be classified as special concurrences, a doctrinal concurrence probably is less likely in cases involving a minimum winning coalition. The reason for this expectation is because in the case of Marks v. United States (1977), the Supreme Court formalized the ‘narrowest ground doctrine’. According to this doctrine, when a fragmented Court decides a case and no single rationale explaining the result has the vote of five justices, ‘the holding of the Court may be viewed as that position taken by those Members who concurred in the judgment on the narrowest grounds’. (193). Thus in cases involving a minimum winning coalition, the majority opinion writer should be more likely to accommodate the justice who wishes to limit the reach of the majority opinion because if he does not, that justice may be in a position to control the policy promulgated by the Court. Additionally, the emphatic concurrence has been described as the safety valve that permits a justice to join with or make possible a majority (Ray 1990). By allowing its author to clarify his or her understanding of the Court’s holding, the emphatic concurrence may in some instances work to create a fragile consensus. If this is true, the emphatic concurrence may be used more often in closely divided cases, such as case involving minimum winning coalitions”. (CORLEY : 2010, p. 29).

Nos EUA, os precedentes vinculantes formulados através da *narrowest ground* são os que, estatisticamente, mais sofrem *overruling* (HANSFORD; SPRIGGS, 2006, p. 90).⁵⁰

O grande problema da *narrowest ground* é que ela não reflete uma pacificação de decisões judiciais aptas a formar um precedente vinculante. Se não há a formação de uma maioria nítida em prol do precedente votado e discutido, o caso em tela pode gerar um precedente *persuasivo*, jamais um precedente vinculante.

3.3 As Técnicas de Distinção e Superação do Precedente Vinculante

No sistema de precedentes vinculantes, ter um precedente contrário à sua pretensão representa uma tarefa árdua e, com muita probabilidade, uma remota hipótese de vitória. Assim, algumas nuances para o intérprete de um dado problema jurídico devem ser postas em evidência para se verifica se é o caso de se aplicar ou evitar o precedente, afirmando que o mesmo não se aplica àquele caso ou, alternativamente, enfrentar o precedente e tentar fazer com que o tribunal que o criou reformule o seu entendimento. A primeira hipótese (evitar o precedente) é denominada *distinguishing*; a segunda, de *overruling*.

3.3.1 O Pedido de *Distinguishing* e a Possibilidade Inversa de Expansão do Precedente

No modelo de raciocínio jurídico para saber como distinguir, a Corte começa com uma regra que foi explicitamente adotada em um precedente e é literalmente aplicável ao caso em apreço. O tribunal não rejeita a regra, mas também não a aplica. A isso o sistema da *common law* conceitua como sendo *distinguishing*, introduzido no sistema brasileiro como “distinção”⁵¹ nos artigos 489, VI, e 1.037, §§ 9º e 12, todos do CPC.

⁵⁰ Segundo Thomas G. Hansford, “The negative and statistically significant coefficient for *Voting margin in Precedent* indicates that the more justices in the majority for the precedent-setting case, the lower the hazard of the precedent being overruled in any given subsequent year of its existence. In other words, 9-0 decisions are less likely to be overruled than 5-4 decisions. This result comports with what the justices themselves have said about the overruling of precedent. Rehnquist, for instance, states in *Payne v. Tennessee* (1991) that the Court is more likely to overrule a precedent decided by ‘the narrowest of margins’. (HANSFORD; SPRIGGS ; 2006, p. 90).

⁵¹ In the mode of legal reasoning known as distinguishing, the court begins with a rule that was explicitly adopted in a precedent and is literally applicable to the case at hand. The court does not reject the rule, but neither does it apply the rule. Instead, the court determines that the adopted rule should be reformulated by carving out an exception that covers the case at hand. [...] In establishing the rule of a precedent the courts have a choice – a constrained choice – between applying the adopted-rule approach and the result-based approach. Which approach should and normally will be used depends on the basic principle of legal reasoning – that is, on whether the adopted rule is at least a reasonably good rule, on the one hand, or a poor rule, on the other. Similarly, in distinguishing, the courts have a choice between consistent and inconsistent distinguishing. Which approach should and normally will be used also depends on the basic principle of legal reasoning. Consistent distinguishing. Consistent distinguishing of a rule explicitly adopted in a precedent occurs when as a result of some feature of the case at hand, one or both of two conditions are fulfilled: the social propositions that support the adopted rule do not apply to the case at hand, the case at hand implicates a social proposition that does not

Ao estabelecer a regra de um precedente, os tribunais têm uma escolha – uma escolha restrita – entre a aplicação da abordagem da regra adotada e a abordagem baseada nos resultados. A abordagem que deve e normalmente será utilizada depende do princípio básico do raciocínio jurídico – ou seja, se a regra adotada é pelo menos uma regra razoavelmente boa, por um lado, ou uma regra deficiente, por outro. Da mesma forma, ao realizar o *distinguishing*, os tribunais têm uma escolha entre as distinções consistente e inconsistente, segundo a teoria de Edlin (EDLIN, 2007, pp. 93-94).

A distinguibilidade consistente de uma regra explicitamente adotada em um precedente ocorre quando, como resultado de alguma especial característica do caso, uma ou ambas as situações abaixo elencadas são preenchidas:

- 1) os fundamentos sociais (expectativas normativas) que sustentam a regra adotada não se aplicam ao caso em apreço;
- 2) o caso em questão implica uma consequência jurídica que não se aplica ao caso típico coberto pela regra adotada. (EDLIN, 2007, pp. 93-94).

Em verdade, as hipóteses 01 e 02 são faces da mesma moeda, tendo em vista que há uma ligação muito forte entre expectativas normativas e incidência das consequências jurídicas de uma dada norma.

O *consistente distinguishing* combina, portanto, elementos da abordagem “regra adotada” em processos anteriores e baseada em “resultados abordáveis” que divergem das *ratio decidendi* do que já foi decidido. Noutras palavras, de um lado o tribunal começa com a regra explicitamente adotada em casos semelhantes – e não a abandona; de outro lado, o tribunal conclui que a regra adotada foi formulada sem considerar alguma característica que é especial no caso em questão e que um reposicionamento da regra adotada para levar em conta essa característica é consistente com o resultado do precedente.

apply to the typical case covered by the adopted rule. Consistent distinguishing therefore combines elements of both the adopted-rule and result-based approaches. On the one hand, the court begins with, and does not abandon, the explicitly adopted rule. On the other and, the court concludes that the adopted rule was formulated without considering some feature that is salient in the case at hand, and that a reformulation of the adopted rule to take account of this feature is consistent with the result of the precedent. Inconsistent distinguishing. Suppose now that a rule explicitly adopted in a precedent, which is literally applicable to the case at hand, is a poor rule – that is, the rule is substantially incongruent with social propositions. Under the basic principle of legal reasoning, the rule should not be followed. One mechanism that a court can employ to avoid following a poor rule is to use a result-based approach to transform the rule, as Cardozo did in *MacPherson*. A second mechanism is to overrule the precedents that have adopted the rule. That is often desirable, but for a variety of reasons it is a relatively drastic step. There is a third mechanism that the courts can and do employ to avoid following a poor rule. This mechanism is to *inconsistently* distinguish the rule adopted in the precedent – that is, to formulate an exception to the adopted rule that is not justified either by the social propositions that support the rule or by a social proposition that is implicated in the case at hand but does not apply to the typical case covered by the rule (EDLIN : 2007, p. 93-94)

O caso da Súmula 343 do STF, que versa sobre a impossibilidade de se mover ação rescisória com base em lei de interpretação controvertida nos tribunais, sofreu dois *distinguishings* em dois processos ulteriores: a) no primeiro, foi declarado que a Súmula não é aplicável a matérias de direito constitucional; b) no segundo, o primeiro *distinguishing* sofreu um segundo *distinguishing*: se a decisão rescindenda em matéria constitucional estava de acordo com jurisprudência pacífica do STF à época, a ação rescisória seria incabível⁵².

No *inconsistent distinguishing*, suponha-se que uma regra explicitamente adotada em um precedente, que é literalmente aplicável ao caso em questão, é uma “regra pobre” – ou seja, a regra é substancialmente incongruente com as proposições sociais. De acordo com o princípio básico do raciocínio jurídico, a regra não deveria ser seguida, o que termina por aproximar o *inconsistent distinguishing* do *overruling* (EINSENBERG, 2007, pp. 93-94).

De forma mais objetiva, o *distinguishing* denota o afastamento de um precedente com fundamento na dissimilaridade legalmente relevante da base fatural ou legal dos dois casos. Os modelos analógicos de precedentes vinculantes, especificamente, estão alinhados com semelhanças e dissimilaridades legalmente relevantes dos dois casos. Se as divergências juridicamente relevantes forem julgadas como tendo mais importância, um juiz pode legitimamente distinguir os dois casos, enquanto que na situação inversa a decisão original teria de ser alargada analogicamente para abranger também os fatos do caso subsequente (SILTALA, 2000, p. 73)⁵³. Ao invés do *distinguishing* originalmente pretendido por uma das partes, tem-se nesta hipótese a expansão da amplitude do precedente anterior, abrangendo mais hipóteses anteriormente não previstas. Como se verifica, os conceitos de distinção e expansão são intimamente ligados. Sendo os fatos ou regras jurídicas realmente distintas, a eventual improcedência da tese do *distinguishing* pode levar à expansão do precedente vinculante.

Em verdade, o *distinguishing* tem a haver com a regra criada no precedente anterior, interpretada à luz da *ratio decidendi*. Ao aplicar as regras do direito, o magistrado encontraráExistirá algum elemento substancial não previsto na criação do precedente vinculante que, uma vez aplicado ao caso concreto, produziria uma flagrante injustiça.

⁵² Esta decisão foi duramente criticada por Marinoni pelo fato de não ter havido uma metodologia para a identificação correta da *ratio decidendi*, tendo os estudiosos que adotarem a teoria do *narrowest ground* para que o julgamento pudesse ter um sentido para os casos futuros. Nesse ponto, vide nota de rodapé sobre o caso.

⁵³ No original: “Distinguishing denotes the disregard of a precedent with reference to some legally relevant dissimilarity in the factual (or legal) basis of the two cases. The analogical models of precedent-following, specifically, are aligned with the legally relevant similarities and dissimilarities of the two cases. If the legally relevant dissimilarities are judge to have more importance, a judge may legitimately distinguish the two cases; while in the reverse situation, the original ruling would have to be extended analogically to cover also the facts of the subsequent case.”

3.3.2 O *Overruling*

A noção de precedente vinculante caminha lado a lado com a regra do *stare decisis*, que assenta força vinculante a um número certo e específico número de precedentes. “*Stare decisis et quiescit non movere*: conservam-se as decisões de casos passados. Este é o sentido da expressão” (WAMBIER, 2012, p. 42). Esta técnica era levada muito a sério pelos ingleses até o final do século XX⁵⁴, com rigidez excessiva e criticada pelos próprios ingleses, posto que seu ambiente decisório é pouco afeto a mudanças de entendimento⁵⁵. O *overruling* era praticamente descartado até então; essa era a principal queixa dos intérpretes ingleses sobre o sistema de *stare decisis*: a sociedade evolui e a interpretação também deve seguir o mesmo padrão. Inclusive, na Inglaterra havia discussão sobre os precedentes horizontais: poderiam ser eles revistos pela *House of Lords* de hoje os precedentes vinculantes criados há séculos atrás? A resposta era negativa até o advento de um julgamento de 1966, que terminou por tirar um dos piores defeitos da regra do *stare decisis* (WAMBIER, 2012, p. 42).

No direito jurisprudencial, uma das mais importantes análises que deve ser feita é atinente a um conceito ainda pouco estudado aqui no Brasil, que é o ambiente decisional, definido como “a área de direito material ou substancial, com seus princípios e regras, em que o conflito deve ser resolvido”, que possuem critérios de distinção próprios que “são os princípios basilares de cada um dos ramos de direito material que servirão de base à decisão: este é o ambiente em que a decisão será tomada” (WAMBIER, 2012, pp. 53-54). Este ambiente decisional pode ser classificado em:

- a) ambiente decisional rígido, correspondente àqueles ramos do direito onde as formas de interpretação são restritas, como é o caso do direito tributário, onde a estabilidade das regras próprias é considerada relativamente alta;

⁵⁴ Apesar da regra do *stare decisis* ter sido sedimentada em 1861, no caso *Beamish v. Beamish*, apenas em 26 de julho de 1966 a jurisdição inglesa decidiu realizar um *overruling*: “Segundo consta, a *House of Lords* exerceu pela primeira vez essa prerrogativa uma centúria depois, somente em 26 de julho de 1966, ocasião em que o Cancellor Lord Gardner proclamou, em nome de todos os componentes da corte, em uma resolução específica – *Practice Statement of Judicial Precedent* – que era prudente rever orientação emitida no passado, quando parecesse correto” (CRUZ E TUCCI, 2012, p. 237).

⁵⁵ Wambier, nesse ponto, cita interessante argumento de Julius Stone: “Pobre de espírito é o advogado de *common law* que nunca tenha parado para se perguntar, com *Lord Wright*, como o perpétuo processo de mudança, no corpo da *common law*, pode reconciliar-se com o princípio da autoridade e a regra do *stare decisis*? (...) ele é desafiado a perguntar qual a mágica que, no coração do sistema do *stare decisis*, é capaz de transformar um símbolo de imobilidade num veículo de mudança. No original: “Poor, indeed, must be the common lawyer who has not paused to ask, with Lord Wright, how the ‘perpetual process of change’ in the body of common law ‘can be reconciled with the principle of authority and the rule of stare decisis?’ (...) He is challenged to ask what magic at the heart of the system of stare decisis can transform a symbol of immobility into a vehicle of change’ (Julius Stone, the ratio of the ratio decidendi, *The Modern Law Review*, vo. 22, n. 6, p. 38, nov. 1959)” (*apud* WAMBIER : 2012, p. 19).

- b) ambiente decisional flexível, onde a sistemática interpretativa admite certas flexibilidades ampliadas, como é o caso do direito de família, direito contratual, direito econômico e, mais recentemente, direito do trabalho. Embora este ambiente possua uma grande margem de interpretação para o julgador – gerando, conseqüentemente, interpretações contraditórias – a uniformização da jurisprudência é ainda mais necessária. Nesse ambiente, a evolução do direito ocorre com maior facilidade no âmbito jurisdicional.

A depender do tipo de ambiente decisional, pode-se ter um maior ou menor número de revisões jurisprudenciais – o que, por si só, não é um mau sinal. De fato, os confrontos de teses dentro do mesmo centro decisório do sistema jurídico é normal em todos os países; a forma como se enfrenta este problema é que é, tradicionalmente, distinta e depende da cultura jurídica de cada um. No que se refere aos maus precedentes – eles existem em todos os sistemas, não se pode negar – será deletério, na verdade, se conformar continuar aplicando um precedente injusto, “acreditando, por exemplo, tratar-se de uma patologia crônica e insolúvel do sistema” (SANTOS, 2012, p. 135).

À revisão do precedente vinculante dá-se o nome de *overruling*, que pode ser conceituado como a supressão de um antigo precedente do ordenamento quando não há qualquer razoabilidade legal na sua manutenção (evoluções sociais, legislações alteradas por normas posteriores), substituindo-o por uma nova regra aplicável aos casos futuros. Tradicionalmente, o *overruling*, por ser interpretativo de norma jurídica, é tradicionalmente retroativo (BAYLES, 2002, p. 50; SLAPPER; KELLY, 2009, p. 143), salvo se o tribunal entender de forma diversa.

De acordo com a experiência jurisdicional norte-americana, o *overruling* pode ser subdividido em vários tipos:

- a) *overruling* clássico: corresponde à alteração da orientação anteriormente firmada pelo mesmo órgão que criou o precedente vinculante;
- b) *overruling* ilegítimo: ocorre quando um tribunal incompetente afasta o precedente vinculante, desafiando o tribunal que legalmente está investido na jurisdição de revisão do julgado vinculativo. Ela difere dos demais sistemas de *overruling* porque ela é oriunda de uma corte que não tem poderes para tanto;
- c) *prospective overruling*: o termo *prospective* advém da tradição do sistema de precedentes inglês, onde a *House of Lords* tem o poder de decidir regras prospectivas, ou seja, decisões aplicáveis apenas para o futuro (SLAPPER; KELLY, 2012, p. 144). Consiste na modulação dos efeitos em técnica processual de decisão que autoriza o

tribunal a limitar, temporalmente, os efeitos de suas decisões com base no princípio da segurança jurídica (PINHO; RODRIGUES, 2017, p. 298).

Por *prospective overruling* deve-se compreender a postergação de produção de efeitos de uma nova regra jurídica. O caráter principal deste tipo de *overruling* se dá quando o tribunal limita o efeito de sua própria decisão reformadora de precedente vinculante, de modo a que não se aplique a todos os casos anteriores. Uma vez que o eventual *overruling* dos precedentes evita o efeito retroativo da revisão integral de decisão judicial, a única diferença é a relevância do princípio da estabilidade, na medida em que se atenuam as alterações judiciais e legislativas do *common law* (BAYLES, 2002, p. 50)⁵⁶ de forma paulatina, sem alterações bruscas.

Em algumas circunstâncias, o *prospective overruling* é necessário para aquelas circunstâncias em que a superação do precedente *ad futurum* é mais segura, pois a decisão teria consequências gravemente injustas e perturbadoras (SLAPPER; KELLY: 2012, p. 144)⁵⁷. Ou seja: o julgador poderia se sentir pressionado a não corrigir o problema jurídico com receio das consequências *ex tunc*, embora os efeitos *ex nunc* não apresentassem maiores problemas e fossem os mais desejáveis pelo ordenamento. Assim, o fito do *prospective overruling* é o de proteger as relações passadas (ARDEN, 2015, p. 267)⁵⁸ sob o fundamento da segurança jurídica⁵⁹.

⁵⁶ No original: “The definitive feature of prospective overruling is, therefore, that the court limits the effect of the decision so that it does not apply to all previous cases. Since prospective overruling of precedents avoids the retrospective effect of judicial reform, the one difference is the relevance of the principle of stability as it applies to judicial and legislative change of the common law is eliminated.”

⁵⁷ No original: “Instances where this power has been used in courts elsewhere suggest there could be circumstances in this country where prospective overruling would be necessary to serve the underlying objective of the courts of this country: to administer justice fairly and in accordance with the law. There could be cases where a decision on an issue of law, whether common law or statute law, was unavoidable but the decision would have such gravely unfair and disruptive consequences for past transactions or happenings that this House would be compelled to depart from the normal principles relating to the retrospective and prospective effect of court decisions”

⁵⁸ Lorena Barreiros cita interessante caso de *prospective overruling*: “Emblemático, nesse sentido, o julgamento havido pelo Supremo Tribunal Federal no ARE 647.651. O caso diz respeito à demissão levada a efeito pela EMBRAER, em 2009, de cerca de 4.200 trabalhadores sem prévia negociação coletiva. O julgamento proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho concluiu que a EMBRAER estaria dispensada de proceder a essa negociação coletiva porquanto a jurisprudência à época consolidada assim a autorizava. No entanto, o mesmo Tribunal Superior, sinalizando mudança de posicionamento, definiu, no seu julgado, que dali em diante, para futuras demissões coletivas, a negociação coletiva prévia seria etapa indispensável. A EMBRAER interpôs recurso extraordinário ao STF para não discutir a solução do caso, que lhe foi favorável, mas, sim, para alterar o precedente que se formara. Este recurso extraordinário foi admitido pelo STF e teve sua repercussão geral reconhecida, estando no aguardo do julgamento de seu mérito”. (BARREIROS : 2015, p. 196).

⁵⁹ O tribunal que mais tem utilizado a modulação dos efeitos das decisões judiciais é o STF. Nesse sentido, alguns exemplos tornam-se cruciais para a compreensão: “Diversos foram os casos em que o STF utilizou-se desta técnica processual de julgamento. Por exemplo, na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 29, julgada pelo Plenário em 16 de fevereiro de 2012, o STF julgou a constitucionalidade de lei (Lei Complementar nº 135/2010) que trouxe novas hipóteses de inelegibilidade às normas do Direito Eleitoral brasileiro com o

O *prospective overruling* está previsto no nosso CPC quando este afirma que “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica” (art. 927, § 3º).

O *prospective overruling* pode ser subdividido em duas espécies clássicas também encontráveis no sistema brasileiro, que são:

c.1) *pure prospective overruling* ou pura. Nesses casos, o novo precedente é aplicável apenas aos processos futuros, excluindo-se o atualmente em julgamento;

c.2) *prospective prospective overruling*, onde a superação poderá ser aplicável de forma postergada, para um momento futuro (ABREU, 2015, p. 242).

d) *sub silencio overruling*, que denota o fato de não seguir um precedente sem indicar que abertamente o faz (SILTALA, 2000, p. 74)⁶⁰. Tal situação, no direito brasileiro, seria absolutamente ilegal e contrária ao espírito da uniformidade das decisões judiciais;

e) *anticipatory overruling of past precedents*: os tribunais ignoram funcionalmente o precedente vinculante na expectativa de que os precedentes já não encontrem defensores na Corte Suprema (CROSS, 2007, p. 97)⁶¹. Os tribunais inferiores encontrariam uma espécie de autorização legítima implícita para não seguir o precedente vinculante. No caso brasileiro, o *anticipatory overruling* será possível em algumas hipóteses:

intuito de preservar a denominada ‘fidelidade partidária’ do candidato ao seu partido. As hipóteses de inelegibilidade instituídas pela lei foram julgadas constitucionais. Todavia, por uma questão de segurança jurídica, o STF modulou *pro futuro* os efeitos de sua decisão para dequá-la à norma constitucional, tornando tais hipóteses inaplicáveis às eleições anteriores, inclusive às eleições nacionais ocorridas em 2010, bem como para os mandatos políticos ainda em curso. Outro exemplo ocorreu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n 4.029, julgada em 08 de março de 2012. Nessa ação, questionava-se a constitucionalidade da Lei Federal 11.516/07, fruto da conversão em lei de uma medida Provisória do Presidente da República, que criou o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, com poderes similares a de uma agência reguladora do meio ambiente. No julgamento desta ação, o STF entendeu que houve, sim, uma inconstitucionalidade formal da lei, um vez que não foram respeitados os limites constitucionais para a edição de medidas provisórias pelo Presidente da república, que somente as pode fazer em caso de urgência e relevância; contudo, o STF não poderia ignorar a realidade; tratava-se de lei que criou uma autarquia para a proteção do meio ambiente (direito fundamental também previsto na Constituição) que estava, desde 2007, em funcionamento, com diversos atos normativos e administrativos já praticados. Adotou-se, neste caso, a modulação de efeitos na modalidade denominada, no *common law*, como ‘prospectividade pura’ (*pure prospectivity*), de modo que foram ‘postergados os efeitos da decisão, nos termos do art. 27 da Lei 9.868/99, para preservar a validade e a eficácia de todas as Medidas Provisórias convertidas em lei até a presente data, bem como daquelas atualmente em trâmite do Legislativo” (PINHO; RODRIGUES : 2017, p 299-300).

⁶⁰ No original: “sub silencio overruling, for instance, would denote an act of overruling a precedent without stating the fact of doing so in open terms”.

⁶¹ No original: “the circuit court would ignore and functionally overrule the past precedents in the expectation that the precedents no longer find favor with the Supreme Court.”

- 1) se houver uma clara indicação de que uma maioria já se encontra formada nas cortes superiores que criaram o precedente vinculante e apontando, de forma inequívoca, os elementos do futuro julgado. Seria o caso onde a maioria afirmou a nova regra, mas algum dos Ministros (ou Desembargadores) pediu vistas. Em tal situação, eventual afastamento do precedente vinculante possui certo risco, tendo em vista que os ministros ou desembargadores podem mudar de voto até o pronunciamento final do julgado;
- 2) nos casos em que o julgamento que produziu o *overruling* já fora realizado, mas ainda não devidamente publicado por razões diversas;
- 3) quando há uma mudança na lei que fundamentou o precedente vinculante.

Feitas estas análises sobre a sistemática do precedente vinculante à luz da teoria dos países que já o aplicam há séculos, urge contrastar esta experiência e doutrina com o Código de Processo Civil brasileiro e verificar quais institutos poderão ser aplicados e quais deverão ser descartados ou adaptados em função de nossa cultura jurídica especial.

3.4 O *Amicus Curiae* como Elemento da Abertura Cognitiva do Procedimento de Produção de Precedentes Vinculantes

3.4.1 As Origens do *Amicus Curiae*

3.4.1.1 Aspectos da Abertura Cognitiva Produzida pelo *Amicus Curiae* no Cenário do Direito Processual Estrangeiro

A figura do *amicus curiae* surgiu, inicialmente, em Roma a partir da figura do *consiliarius romano*. Sua função era esclarecer o magistrado nas questões que envolviam elementos extra-jurídicos, bem como a de interceder para que os magistrados não cometessem erros de julgamento. (BUENO, 2008, p. 88). Com essa caracterização, percebe-se, à luz da ciência processual moderna, que o *amicus curiae* era uma espécie de perito com elementos de um Ministério Público opinativo.

Apesar do conceito de *amicus curiae* ter suas origens no sistema jurídico da Roma antiga, ele vem sendo associado como elemento cada vez mais importante no sistema da *common law*. No direito inglês antigo, o papel do *amicus curiae* era o de atualizar os denominados *cases* e *statues*, isto é, os precedentes e as leis, visto que, à época, a coleta e armazenamento de tais dados era bem mais difícil que nos dias atuais e os precedentes não eram conhecidos por boa parte dos juízes. Além disso, uma das dificuldades enfrentadas pelos magistrados – tanto daquela época como os atuais – é a amplitude da matéria que é posta em

apreciação. É impossível o magistrado conhecer, com profundidade, todos os temas postos ao seu julgamento, oriundos das mais diversas ciências.

Nesse ponto, imagine uma cena – como em um filme antigo – com os advogados discutindo antes que o juiz faça um pronunciamento em uma vila remota. O juiz está perplexo com um ponto legal, do qual não tem conhecimento. Ele percebe que um membro importante da advocacia está presente observando o desenrolar do processo e o convida a compartilhar a sua opinião. Esse foi o original *amicus curiae* norte-americano. Esta era o retrato de uma cena familiar no sistema da *common law*. A função do *amicus curiae* na *common law* era a de ‘pastorear’ oralmente o processo, trazendo casos e pontos de vista não conhecidos pelo juiz em uma limitada abertura cognitiva. (CALKINGS, 2016, p. 233)⁶². Ao se observar o CPC/15, há previsão semelhante em seu artigo 983, ao prever que nos incidentes de resolução de demandas repetitivas “o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria”.

Para Cassio Scarpinella Bueno, “o *amicus curiae* comparecia perante as cortes em causas que não envolviam interesses governamentais na qualidade de ‘*attorney general*’ ou, mais amplamente, de *counsels*” (BUENO, 2008, p. 90).

Nos EUA, costuma-se apontar o ano de 1812 como o ano em que se verificou a primeira aparição do *amicus curiae* no importante e interessante caso “*The Schooner Exchange vs. McFadden*” (BUENO, 2008, p. 122), onde uma embarcação comercial americana que aportaria na Espanha foi apreendida por Napoleão Bonaparte, que a reformou e transformou em navio de guerra. Posteriormente, esta mesma embarcação – agora pertencente ao governo francês - teve que se refugiar em um porto americano para fugir de uma tempestade, oportunidade em que o seu antigo proprietário decidiu reivindicá-la na jurisdição americana. Após regular processamento entre as duas instâncias ordinárias, pela sua importância evidente este processo teve a participação do Governo dos EUA na Suprema Corte, que terminou por fincar novas bases da teoria da imunidade diplomática⁶³ e dar uma

⁶² No original em inglês: “Picture a scene – as in an old movie – with lawyers arguing before a judge off in some remote village. The judge is stumped by an obscure legal point. He notices a leading member of the bar watching the proceedings, and calls on him to share his view. This was the original American *amicus curiae*. This was the repeating of a scene familiar in common law history: “The function of the *amicus curiae* at common law was one of oral ‘Shepardizing’, the bringing up of cases nowt know to the judge”.

⁶³ “Coming back to our discussion of *The Schooner Exchange v M’Faddon* it is noted that the notion of a merchant ship employed by a foreign sovereign state seems alien to the decision in *The Schooner Exchange*. Chief Justice Marshall steered this argumentation around the immunity of this latter category – whether this is the result of clever navigation or oblivion as to the prickliness of the issue remains unclear. Some commentators have held that because the governing principle of *The Schooner Exchange* was the full jurisdiction of the territorial state rather than the immunity of the foreign state the decision forms a precedent for the restrictive rather than for the absolute immunity theory. This, is argued here, is reading too much into Chief Justice Marshall’s words. In fact,

nova face à figura do *amicus curiae*, cuja participação vem crescendo paulatinamente na Suprema Corte dos EUA⁶⁴.

Atualmente, sua participação está prevista na Regra nº 37 da *Rules of the Supreme Court of the United States*, que autoriza a manifestação do *amicus curiae* ser por escrito ou oralmente. De acordo com Oscar Valente Cardoso,

Ele é admitido quando levar ao conhecimento da Suprema Corte matéria relevante que não tiver sido arguida pelas partes, devendo ainda ter o consentimento destas; caso contrário, deve juntar suas razões e a das partes, para que sua admissão – ou não – seja decidida pelo tribunal (CARDOSO, 2015, p. 73).

Países como Canadá, Austrália, França, Itália e até regimes especiais de governo como o chinês admitem também a sua presença como forma de pluralizar o debate a fim de se obter uma decisão final mais justa (SANTOS, 2013, p. 118). Cassio Scarpinela Bueno anota que “a prática do *amicus curiae* tem ocupado, gradativamente, maior espaço no âmbito internacional nas maiores cortes transnacionais que existem” (BUENO, 2008, p. 122). Atualmente, ele é admitido na Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Corte Europeia de Justiça e na Corte Internacional de Justiça (RATTALMA, 2005, p. 57).

No direito internacional, Rattalma o define como sendo uma pessoa ou organização com algum interesse ou ponto de vista subjetivo em um caso que, apesar de não ser uma parte

The Schooner Exchange is a murky precedent for the absolute as well as the restrictive immunity rule. The reasoning of the decision was tailored to the specific circumstances of the physical entrance of an element of a foreign state's sovereign structure into the territory of a foreign state. The immunity of foreign armed ships was modelled on the immunity of foreign diplomats and foreign heads of state present in the territory of the forum state. Moreover, the nature of in rem proceedings conflates the question of immunity from jurisdiction with that of immunity from execution. The immunity of the property of a foreign state from execution is, in principle, unrelated to the question of immunity of the foreign state in a dispute in which that property may be implicated. The facts and nature of the claim at issue in The Schooner Exchange together compel the conclusion that the case is no precedent for claims against foreign state defendants in personam as in an action in contract or tort.” (ALEBEEK : 2008, p. 27)

⁶⁴ Em termos estatísticos, a participação do *amicus curiae* nos processos da Suprema Corte americana vem crescendo paulatinamente. Eles passaram de menos de 40% dos casos entre 1969-1985 para 85% no período de 1986-1995, com a média de 4,23 participações em casos em que o *amicus curiae* ocorreu, sendo que nestes casos houve 92,1% de sustentação oral (CALKINGS : 2016, p. 233). Esse aumento de participação ocorreu basicamente por conta de uma alteração na atitude da própria Suprema Corte: entre os anos 40 e 50, a Corte não era receptível à participação dessa figura especial e denegava o ingresso deles em juízo se as partes não consentissem. Com o tempo (e através da famosa *Rule 37*), este procedimento mudou para facilitar a sua participação nos julgados, desde que tal participação seja efetivamente relevante (CALKINGS : 2016, p. 234). No que tange às cortes inferiores, também chamadas de “*suprem court*” estaduais, a participação dos *amicus curiae* é bem mais reduzida: 14,6% dos casos entre 1992 e 2002 (CALKINGS : 2016, p. 234). Na comparação dos números, deve-se levar em consideração que uma das justificativas para um número percentualmente tão baixo nas Cortes Estaduais se dá por conta não de um eventual desinteresse ou proibição das cortes, mas por conta do volume de ações individuais sem grandes respaldos que chegam nas cortes locais; já o acesso à Suprema Corte é imensamente mais restrito e, tradicionalmente, só se aceitam casos de grande repercussão, justificando a participação exponencial do *amicus curiae* nos processos de instância extraordinária de apreciação do direito.

no processo, peticiona para pedir permissão para juntar aos autos *briefings* com matérias de fato e de direito com o propósito de ter uma decisão consistente de acordo com o seu ponto de vista (RATTALMA, 2005, p. 57). O *amicus curiae* teria os seguintes objetivos:

- a) reforçar a posição de um litigante individual dando auxílio objetivo externo aos argumentos envolvidos;
- b) dar prosseguimento a interesses comuns que não estão representados pelo litigante individual;
- c) contribuir no desenvolvimento interpretativo da lei na medida do possível;
- d) chamar a atenção da opinião pública sobre o caso em julgamento (RATTALMA, 2005, p. 58).

3.4.1.2 A evolução não metodológica do *Amicus Curiae* no Direito Brasileiro

No Brasil, a evolução do *amicus curiae* se deu errática e sem uma metodologia evolutiva. A cada vez que era inserido por um novo diploma, poderes distintos eram outorgados, o que dificultava a criação de uma sistematização da respectiva figura.

O primeiro dispositivo legal a prever o *amicus curiae* no Brasil foi a Lei 6.385/76 (com inclusão através da Lei 6.616/1978), que em seu artigo 31 prevê que, nos processos sobre matéria incluída nas atribuições da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), esta deve ser intimada logo após a contestação para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, em 15 dias contados da intimação. Após a sua intimação especial (perceba-se que não é uma citação) e desde que a mesma tenha prestado parecer ou esclarecimentos, a CVM passará a participar do processo em todas as suas etapas, inclusive com direito à fase recursal, desde que as partes não tenham apresentado recurso.

Como se vê, a participação da CVM é a de um *amicus curiae* diferenciado com as seguintes características:

- a) acessa o processo já na primeira instância e logo após a contestação das partes;
- b) apesar de não estar expresso, a CVM passa a ter, também, direito à produção de provas que respaldem a sua posição no processo;
- c) tem acesso aos recursos condicionado à não apresentação das partes.

O objetivo deste *amicus curiae* era trazer ao juízo informações específicas sobre o mercado de valores mobiliários, de forma que pudesse municiar o juiz de todas as informações que, por vezes, as partes, por limitações de seus advogados, não conseguiriam transpor.

De forma semelhante, a Lei 8.884/94 previa em seu art. 89 que “nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente”. Esta redação foi mantida pela Lei 12.529/11 (que revogou a Lei 8.884/94). Como se sabe, a figura jurídica do assistente é distinta do *amicus curiae*. Entretanto, como bem anota Oscar Valente,

Apesar de a lei qualificá-lo como assistente, tendo em vista que o Cade não busca proteger o interesse de uma das partes, mas busca apenas a observância da lei e dos princípios constitucionais da ordem econômica, é doutrinariamente tratado como amigo da Corte (e não como assistente) (VALENTE; 2015, p. 76).

Ou seja, em todos os processos em que haja discussão sobre a legislação de controle de mercados relevantes, a intimação do CADE é obrigatória, a fim de que o mesmo possa trazer ao juízo aspectos não usuais do direito tradicional, como o são os diversos estudos realizados pela autarquia federal a fim de verificar se há ou não efetivo controle de mercados, quais são as medidas que devem ser impostas para que a competitividade retorne e assim por diante⁶⁵.

Apesar do *amicus curiae* ser tido como uma figura essencialmente judicial (daí o seu nome “amigo do juiz”), o ordenamento brasileiro também previu a sua participação em processos administrativos federais que versem sobre assuntos de interesse geral no artigo 31 da Lei 9.784/99⁶⁶. Conforme se observa, se qualquer pessoa natural ou jurídica (art. 31, § 1º)

⁶⁵ Os atos de concentração e controle de mercado envolvem uma dinâmica muitas vezes não enfrentadas no Judiciário, mas que faz parte do dia a dia da autarquia especial. Como exemplo, a lei concorrencial afirma que eventual participação superior a 20% no mercado relevante pode ser considerada controle de mercado. Conforme aduz a lei, “pode ser” não significa “será”. Assim, há determinadas concentrações acima de 20% do mercado relevante que não serão consideradas ilícitas, o que traz uma natural dificuldade para o Judiciário em apurar estes desvios mercadológicos. Daí a participação do CADE passa a ser de interesse público neste tipo de demanda. Neste sentido, confira-se o aresto administrativo: “Ato de concentração. Setor em declínio. Nível de concentração reduzido – aprovação. Ato de concentração – pretendida apuração de alegadas condutas anticompetitivas como condição de aprovação – inadmissibilidade. - É de ser incondicionalmente aprovado o ato de concentração relativo a setor em declínio e cujo nível de concentração se mostre reduzido. - O procedimento de aprovação de ato de concentração não se presta à apuração de eventual conduta anticompetitiva dos interessados, a qual somente pode ser empreendida em procedimento próprio. Assim, não há condicionar a aprovação de ato de concentração à prévia investigação da conduta de mercado das Requerentes” (FRANCESCHINI : 2000, p. 40).

⁶⁶ Lei 9.784/99: “Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada. § 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas. § 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais. Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo. Art. 33. Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.”

pode examinar os autos e fixar prazos para oferecimento de alegações, tem-se aqui um dos primeiros diplomas legislativos brasileiro a autorizar a participação de pessoa física como *amicus curiae*.

Com o advento da Lei 9.868/99, foi disciplinado o rito dos processos de controle concentrado de constitucionalidade em geral, que tratou, em seu artigo 7º, da participação especial do *amicus curiae*: “o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”. No mesmo sentido, a referida lei incluiu o parágrafo terceiro no art. 482 do CPC/73, autorizando também na mesma linha a participação de *amicus curiae* nos julgamentos do incidente de declaração de inconstitucionalidade dos tribunais locais e em outras cortes superiores. Em ambas as situações (STF e demais tribunais), percebe-se que a participação é restrita a órgãos e entidades, não abrindo espaço para pessoas físicas.

O STF, ao interpretar o específico poder recursal na legislação do CPC/73, entendeu que

Esta corte pacificou sua jurisprudência no sentido de que não há legitimidade recursal das entidades que participam dos processos do controle abstrato de constitucionalidade na condição de *amicus curiae*, ‘ainda que aportem aos autos informações relevantes ou dados técnicos (ADI 3.934).

Como o *amicus curiae* tem poderes para agir dentro dos processos de controle concentrado de constitucionalidade, seria lógico que eles também pudessem participar dos processos de edição, revisão ou cancelamento de enunciado de súmula vinculante, o que adveio através do parágrafo 2º do art. 3º da Lei 11.417/2006.

Dentro da linha de que o *amicus curiae* deve participar dos processos de alta relevância, a Lei 11.418/2006 introduziu o art. 543-A ao CPC/73, permitindo em seu parágrafo 6º a manifestação de *amicus curiae* na análise da repercussão geral em recurso extraordinário pelo STF. No mesmo sentido, a Lei 11.672/2008 acrescentou ao CPC/73 o artigo 543-C, que admitiu a participação de *amicus curiae* nos processos de recursos repetitivos pelo STJ (e que, posteriormente, viraram precedentes vinculantes no CPC/15).

Ao se observar a evolução histórica do *amicus curiae* no ordenamento brasileiro, percebe-se que ele surgiu com um início errante, com pouca densidade normativa em comum, até passar a adotar, ao final do CPC/73, uma certa confluência de poderes, mas sempre

guardando várias diferenças que terminaram por prejudicar um estudo mais concentrado e adequado desta importante figura jurídica mundial.

Com o advento do CPC/15, procurou-se fechar algumas lacunas e centralizar o entendimento, o que será objeto de um estudo mais adiante aprofundado, sem a pretensão, contudo, de esgotar o tema.

3.4.2 Aspectos Legais (Operacionalidade Interna) do Acoplamento Estrutural Realizado pelo *Amicus Curiae* nos Procedimentos de produção de Precedentes Vinculantes

Os precedentes judiciais vinculantes são reconhecidos como uma das alternativas para a obtenção da uniformidade de entendimento do Judiciário. O grande problema é como fazê-lo de forma democrática (isto é, como resultado da participação da sociedade diretamente interessada e não como produto absolutamente fechado de poucas autoridades), com reflexão adequada e consistência técnica num ambiente complexo, marcado por diversidades culturais, econômicas e políticas como o caso do Brasil.

Conforme se observa de seu levantamento histórico, o objetivo principal do *amicus curiae* é abrir e pluralizar o debate que se forma dentro de uma dada relação processual, a fim de que o magistrado possa adotar a melhor solução para o caso concreto após ouvir diversos especialistas no respectivo assunto. Uma das possíveis justificativas do *amicus curiae* (encarado como elemento de irritação no sistema jurídico) nos é dada por Peter Häberle quando este afirma:

1. O juiz constitucional já não interpreta, no processo constitucional, de forma isolada: muitos são os participantes do processo; as formas de participação ampliam-se acentuadamente;
2. Na posição que antecede a interpretação constitucional “jurídica” dos juízes [...], são muitos os intérpretes, ou, melhor dizendo, todas as forças pluralistas públicas, são, potencialmente, intérpretes da Constituição. O conceito de “participante do processo constitucional” [...] relativiza-se na medida que se amplia o círculo daqueles que, efetivamente, tomam parte na interpretação constitucional. A esfera pública pluralista [...] desenvolve força normatizadora [...]. Posteriormente, a Corte Constitucional haverá de interpretar a Constituição em correspondência com a sua atualização pública (HÄBERLE, 2002, p. 41).

O nosso ponto de discordância, conforme já ressaltado, é com relação à ausência manifesta de poderes interpretatórios com ares de definitividade de qualquer legislação por intérpretes que não estejam no centro decisório. Enquanto que para Luhmann o centro

decisório é o centro do subsistema jurídico, para Häberle este centro é absolutamente diluído, não chegando tecnicamente a ser um centro tamanha a sua volatividade. Isso geraria a corrupção sistêmica e terminaria por implodir os centros decisórios com *status* de autoridade.

No sistema do processo brasileiro, o *amicus curiae* não possui poderes interpretatórios à luz de um eventual fechamento operacional. Ele irrita o sistema e tem poderes para, eventualmente, influenciar a interpretação de uma dada legislação, o que será feito através dos centros decisórios.

De forma símile ao que ocorre na interpretação das normas constitucionais à luz das irritações sistêmicas que adentram no subsistema jurídico, com maior razão ocorre, também, na legislação infraconstitucional, onde muitas vezes as normas descem a níveis eminentemente técnicos, onde a compreensão jurídica tradicional não alcança o seu conteúdo. Daí a necessidade do ingresso de determinadas pessoas, quer físicas ou jurídicas, que possuam um amplo conhecimento da matéria a fim de auxiliar o trabalho da prestação jurisdicional final do magistrado.

O novo CPC previu, em seu artigo 138, a figura jurídica do *amicus curiae* nos processos em geral:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Como se percebe, o artigo 138 traz, de forma concentrada, as condições, os poderes que possuem o *amicus curiae* no processo civil, clarificando várias regras que merecem um aprofundamento específico a fim de um melhor estudo da abertura cognitiva dos processos coletivos e/ou coletivizados.

3.4.3 A Instância para o Ingresso e a Diversidade de Instâncias para o Acoplamento Estrutural

O artigo 138, *caput*, logo em sua primeira parte, prevê que “o juiz ou o relator...” poderá admitir o ingresso do *amicus curiae* no processo. Este trecho revela que o ingresso

pode se dar na causa tanto no primeiro grau de jurisdição quanto nos tribunais, abrindo espaço à sua participação desde o despacho da petição inicial até o julgamento do recurso extraordinário no STF. Tal situação é bem peculiar e lembra muito a participação da CVM nas origens da figura do amigo do juiz. Ao poder ingressar no primeiro grau – tradicionalmente de cognição plena da matéria – o *amicus curiae* poderá (a depender do despacho de inclusão do magistrado) ter poderes para requisitar provas, apresentar documentos e, por que não, inquirir testemunhas, indicar assistente técnico e fazer quesitos, desde que o seja exclusivamente na matéria que o legitimou ao processo. Nesse ponto, o *amicus curiae* teria os mesmos poderes do representante do Ministério Público que atua como se fosse um autêntico “amigo do juiz” nos processos em que participa como *custos legis*.

3.4.4 Os Requisitos de Ingresso

A admissão do *amicus curiae* depende do preenchimento específico de duas categorias de requisitos (VALENTE, 2015, p. 80):

- a) os requisitos objetivos, relativos à matéria posta em discussão, que versam sobre matéria relevante, especificidade do tema ou repercussão social da controvérsia;
- b) requisitos subjetivos, relativos às pessoas que podem ingressar na demanda, que são as pessoas físicas ou jurídicas, ambas com a necessidade de representatividade adequada.

3.4.4.1 Requisitos Objetivos

Como requisitos objetivos o CPC determina que o *amicus curiae* ingressará no processo a depender da relevância da matéria, da especificidade do tema ou da repercussão social da controvérsia. Essa decisão de ingresso ou não é irrecorrível.

Por relevância da matéria pode-se entender aquelas matérias que, apesar de não terem uma ampla repercussão social, são significativas para outras pessoas físicas ou jurídicas. Como exemplo, pode-se citar o caso em que uma escola pública municipal é invadida por manifestantes políticos em período de férias e estes manifestantes aceitam sair quando houver o retorno das aulas, pretendendo lá permanecer durante 30 dias. Apesar de não haver uma maior repercussão social deste processo – tendo em vista que o ano letivo dos alunos não sairia prejudicado – há uma relevância da matéria no ponto em que um prédio público é invadido por questões políticas. Além do Município que sofreu a invasão, outros Municípios, o Estado e a União podem ter interesse no processo, pois o mesmo tem a haver com a possível restrição de uso de seu patrimônio público.

No que tange à especificidade do tema, tem-se aqui o fundamento que nos remete às origens inglesas do *amicus curiae*. Trata-se da natural falta de substrato de conhecimentos técnicos de um magistrado – por melhor que seja - em um assunto por deveras aprofundado e que foge dos seus limites de conhecimento. Por exemplo, em uma questão em que se envolva o fornecimento de órteses e próteses em matéria de contratos de planos de saúde, as associações médicas, as associações de planos de saúde e as entidades coletivas que representam os fornecedores das órteses e próteses terão plenas condições de aprofundar a temática do processo, ministrando o magistrado de valorosos conhecimentos não adquiridos na tradicional experiência jurisdicional.

Como último requisito objetivo, o CPC traz a repercussão social da controvérsia, ou seja, o processo em curso tem o poder de gerar um precedente que poderá atingir plúrimas pretensões em um determinado território relevante. Nesse ponto, o *amicus curiae* tem o dever de demonstrar que a repercussão social da causa em tela atingirá a área em que o mesmo milita.

Esses três pontos (relevância da matéria, da especificidade do tema ou da repercussão social da controvérsia) legitimam não somente o *amicus curiae* a ingressar na demanda, como também aumentam significativamente a legitimidade das decisões tomadas em IAC, IRDR e recursos repetitivos, pois o ingresso do “amigo do juiz” nestes procedimentos irá pluralizar o debate, aumentando a cognição do tema e dando mais subsídios aos julgadores para uma decisão mais justa e legítima perante a sociedade.

3.4.4.2 Requisito Subjetivo – Representatividade Adequada

Ao se analisar os requisitos subjetivos, percebe-se que não podem ser incluídas no processo como *amicus curiae* quaisquer tipos de pessoas; elas precisam de um requisito mínimo, que é a representatividade adequada. No direito processual estatuidinense, esse requisito é bem estudado nas *class actions*, ou seja, nas ações coletivas, onde um determinado particular pode ganhar uma espécie de certificado de classe para representar toda uma coletividade.

Assim, se um indivíduo litiga contra uma grande companhia e percebe-se que o mesmo litígio tem potencial de multiplicar ações sobre o mesmo tema, o magistrado do sistema da *common Law* pode atribuir ao particular o *class certification* – certificado de classe – onde este particular poderá representar **toda uma classe** que esteja na mesma situação.

Embora o sistema possa variar de estados para estados na Federação Americana, existe um lugar comum para se realizar a dita certificação de classe: trata-se da análise da *adequacy of representation*, ou seja, a representatividade adequada do litigante para que o mesmo possa defender uma classe inteira.

Para Kazuo Watanabe,

Nos ordenamentos que optam pela extensão a terceiros da coisa julgada, como os que adotam o sistema do *opt out*, e também naqueles que admitem a legitimação de pessoa física ou de associações, e igualmente nos que admitem a ação coletiva passiva, é particularmente importante o instituto da ‘representatividade adequada’. A aferição desse requisito pode ser feito (a) pelo juiz ou (b) pelo legislador, mediante a pré-fixação em lei do requisitos para a legitimação (WATANABE, 2008, p. 302).

No mesmo sentido, Linda Mullenix assevera em análise comparativa:

Todas as jurisdições de direito comum parecem ter algum conceito de adequação de representação embutido em sua jurisprudência relativa às qualificações para servir como um representante. Além disso, parece que a determinação da adequação está dentro da jurisdição do tribunal que determina se deve ser criada uma ação coletiva ou ação representativa. No entanto, os relatórios nacionais não discutiram o requisito de adequação em qualquer detalhe extenso. [...]
Os estatutos canadenses de ação coletiva que rastreiam a linguagem da ação de classe americana A Regra 23 especifica que um representante demandante ou réu deve "justa e adequadamente representar os interesses da classe (MULLENIX, 2008, p. 282)⁶⁷.

Antônio Gidi traz, também, importantes reflexões sobre este requisito para a intervenção coletivizada nas *class actions*:

Assim, nas *class actions*, considera-se que os membros do grupo sejam ouvidos e estejam presentes em juízo através da figura do representante, que funciona como uma espécie de “porta-voz” dos interesses do grupo. O direito de ser ouvido em juízo é reduzido, então, a um direito de ser ouvido através do representante.
[...] Através desse requisito, a lei atinge três resultados. A um só tempo, minimiza-se o risco de colusão, incentiva-se uma conduta vigorosa do representante e do advogado do grupo e assegura-se que sejam trazidos para o processo todos os reais interesses dos membros ausentes. O objetivo, em última análise, é assegurar tanto quanto possível, que o resultado obtido com a tutela coletiva não seja diverso daquele que seria obtido se os membros estivessem defendendo pessoalmente os seus interesses (GIDI, 2007, p. 100).

⁶⁷ No original: “All common Law jurisdictions seem to have some concept of adequacy of representation embedded in their jurisprudence relative to the qualifications for serving as a representative. In addition, it seems that the determination of adequacy is within the jurisdiction of the tribunal that determines whether to create a class action or representative action. However, the national reports did not discuss the adequacy requirement in any extensive detail. (...) Canadian class action statutes that track the language of the American class action Rule 23 do specify that a representative plaintiff or defendant should ‘fairly and adequately represent the interests of the class’”.

Ou seja, a representatividade adequada faz com que o sujeito vetor do *input* tenha o reconhecimento de uma legitimidade mínima para se habilitar a defender o seu ponto de vista no processo, representando toda uma coletividade. Tal procedimento revela uma norma de **legitimação** no sentido jurídico-político: um particular para representar uma classe inteira deverá revelar uma certa idoneidade, um certo preparo jurídico apto a representar, todos, coletivamente. Normalmente se dá tal certificado a quem tem condições financeiras, jurídicas e de legitimidade para capitanear um julgamento coletivo, pois no sistema da *common Law* uma ação com certificado de classe inclusa e sendo sentenciada de forma coletiva atinge todos os interessados.

No caso do sistema processual brasileiro, as lições sobre a investigação da representatividade adequada são importantes; porém, devem se adaptar à nossa realidade cultural para fins de análise de ingresso no processo como *amicus curiae*. Assim, a representatividade adequada deve levar em consideração: a) a representatividade que aquela pessoa física ou jurídica possui em face do tema em discussão e não necessariamente em face de uma eventual liderança da categoria dos postulantes; b) a aptidão financeira e técnica para levar a discussão em várias instâncias; c) a possibilidade real e efetiva de pluralizar o debate, trazendo novos pontos de vista sobre o assunto em tela e não apenas a restrição a defender o que já foi colocado por uma das partes, sob pena de seu ingresso ser considerado inútil para o aumento dos conhecimentos do juiz a fim de que sua decisão possa se tornar mais legítima.

Assim, no sistema brasileiro tanto podem ser admitidas pessoas físicas quanto jurídicas, desde que ambas demonstrem nos autos a sua representatividade adequada. No que tange às pessoas jurídicas, discordamos de uma parte da doutrina que afirma que “está relacionada com a possibilidade de os integrantes da pessoa jurídica serem afetados pela decisão judicial” (VALENTE, 2015, p. 80). Como se sabe, no Brasil existem diversos órgãos públicos que possuem, dentro de suas funções, v.g., a tutela dos interesses do consumidor, como é o caso dos Procons, das procuradorias municipais e estaduais e da própria Advocacia Geral da União. Nada impede que esses órgãos ingressem como *amicus curiae* em qualquer etapa do processo no auxílio dos direitos postos em discussão, isso por evidência se houver riscos de multiplicidade de ações ou se o tema lhe é específico.

3.4.5 A Definição dos Poderes e a Necessária Observância do Princípio da Isonomia entre *Amicus Curiae*

Conforme aduz o CPC, caberá ao juiz ou relator definir os poderes do *amicus curiae* na mesma decisão que solicitar ou admitir a sua intervenção. Diante deste artigo, percebe-se que o juiz pode incluir um *amicus curiae* de ofício no processo, independentemente de requisição das partes ou da própria entidade.

Ao determinar o ingresso, o CPC autoriza o juiz a dizer quais são os poderes que o *amicus curiae* terá ao participar do processo, limitando-se este despacho à extensão máxima dos poderes previstos no artigo 138. Assim, o juiz não poderá outorgar poderes recursais amplos, posto que esta hipótese está vedada pelo art. 138, § 1º.

Nos processos onde há multiplicidade de pedidos de ingresso de *amicus curiae*, é importante ressaltar que na fixação dos poderes processuais de cada um deles deve-se observar o princípio da isonomia, inadmitindo-se, mesmo que de forma excepcional, uma eventual não isonomia entre os *amici*. Neste sentido, é crucial a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Parece-nos que o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da isonomia se divide em três questões:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrimen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diferenciado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte jurisdicionados.

[...]

Tem-se de investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, a vista do traço diferenciador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar, se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional. A dizer, se guarda ou não harmonia com eles (MELLO, 2000, p. 21/2).

Se o próprio CPC prevê que o princípio da isonomia é um de seus princípios constitucionais mais evidente, os poderes conferidos aos *amicus curiae* no processo devem preservar ao máximo o princípio da isonomia e a igualdade de armas, inadmitindo-se a participação de *amicus curiae* no mesmo processo com poderes distintos, o que desequilibraria a relação processual.

3.4.6 A Legitimidade Especial Recursal do *Amicus Curiae*

Por fim, o CPC criou uma condição especial para os recursos a serem manejados pelo *amicus curiae*. De acordo com o art. 138, § 1º, a autorização para a participação do

processo não habilita o *amicus curiae* para a interposição de recursos, ressalvados: a) interposição de embargos de declaração; b) interposição de recursos que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas. É, pois um requisito de legitimação:

A legitimidade para recorrer nada mais é do que um requisito para que se possa, legitimamente, exercer o poder de recorrer. Esse requisito tem o condão, pois, de qualificar determinadas pessoas para a utilização dos recursos. Inexistente esse requisito, o recurso não deverá ser admitido (conhecido) (JORGE, 2011, p. 110).

Ao nosso ver, o CPC falou menos do que deveria. Como se sabe, existe um microsistema de processos que geram precedentes vinculantes, como o incidente de assunção de competência (art. 947), o próprio incidente de resolução de demandas repetitivas citado no artigo e o julgamento de recursos especiais repetitivos (art. 1.036). Ora, se em todos esses julgados há a possibilidade de participação do *amicus curiae* – e com possibilidades de formação efetiva de precedente vinculante – a legitimação recursal não poderia estar restrita a apenas ao IRDR, mormente porque os *amicus curiae* se cingirão a pleitear, novamente, a participação na instância superior, devendo ser analisado se os mesmos possuem os requisitos legais de participação, quando estes mesmos requisitos já foram apreciados anteriormente.

É importante salientar que tal re-participação em nova instância não é medida compensatória adequada ao *amicus curiae*, posto que os recursos apresentados pelas partes nos processos em que ele não possa recorrer são, tradicionalmente, recursos extraordinários *lato sensu* (envolvendo, também, o recurso especial) que, por terem requisitos específicos, podem ser não conhecidos por uma má-técnica da parte recorrente, o que terminaria por impedir o *amicus curiae* de postular nova intervenção na fase seguinte.

Conforme acima narrado, o *amicus curiae* tem uma importante papel para a produção dos precedentes vinculantes, posto que sua missão maior é ampliar o horizonte interpretativo dos julgadores que irão apreciar uma causa que terá grande repercussão social.

4 A FORMAÇÃO DO PRECEDENTE VINCULANTE NO BRASIL E O SEU POSICIONAMENTO NA TEORIA GERAL DO DIREITO

4.1 O Sistema de Resolução de Demandas de Massa na Experiência do Direito Comparado

Em breves linhas e para fins de melhor compreensão de um fenômeno que ocorre em diversos países, é importante traçar as origens paralelas dos sistemas estrangeiros que lidaram com os processos múltiplos, conhecidos também como litígios em massa. No direito estrangeiro, cada país que lidou com a problemática adotou soluções próprias que estão muito ligadas ao seu sistema de cultura jurídica. Nesse ponto, é bom lembrar a lição de David Easton quando ele afirma que

[...] nenhum sistema é capaz de aceitar e transformar em *outputs* um número e variedade ilimitado de demandas. Por definição, as demandas são expressões articuladas dirigidas às autoridades propondo que algum tipo de alocação autoritária precisa ser realizado.

[...] Em todos os sistemas pode-se verificar que existem processos disponíveis através dos quais o volume inicial de demandas que são expressas é reduzido de uma maneira ou de outra. Podemos descrever este conjunto de processos como uma redução de volume e variedade através da combinação de duas ou mais demandas em apenas uma. (EASTON, 1968, pp.165-167)

Como será visto, cada ordenamento jurídico fez uma forma de processamento especial para as suas demandas múltiplas.

4.1.1 O *Representative Actions* e o *Group Litigation Order* do Direito Inglês

No direito inglês, há o *representative actions*, instituto correlato às *class actions* do direito norte-americano, apontado pela doutrina, inclusive, como seu progenitor histórico. Criado originalmente em 1965 (*Order 15, Rule 12*), quando houvesse um grande número de pessoas com interesses comuns em qualquer questão jurídica, o instituto não conseguiu desafogar os litígios múltiplos do Judiciário inglês (CAVALCANTI, 2016, p. 81). Por meio delas, a parte autora ajuizaria uma demanda representando a si própria e, ao mesmo tempo, a classe que tem interesse comum no julgamento da causa. O autor é a única parte da demanda e os membros da classe representada não fazem parte do processo que, entretanto, estarão sujeitos aos efeitos da decisão transitada em julgado, salvo se fizerem requerimento de autoexclusão (*opt-out*). Estes processos tornaram-se estritamente raros na experiência inglesa, posto que o termo “interesse comum” vem sendo interpretado restritivamente de acordo com as regras processuais inglesas. Apenas para se ter uma ideia, não cabe para esta ação os

pedidos indenizatórios por entenderem que estes não seriam em tese comuns⁶⁸. (CAVALCANTI, 2015, pp. 319-320)⁶⁹.

Nesse cenário, os anseios por reformas brotaram no sistema jurídico inglês, movidos por problemas bem conhecidos dos brasileiros: lentidão, custo exorbitante, desnecessária complexidade dos processos e consequentes incertezas de tantos pleitos julgados. Nesse contexto, foi criada a ordem de litígio do grupo (*Group Litigation Order* – GLO –), que veio a ser a ferramenta processual mais importante para grupos de ações ou ações coletivas na Inglaterra e no País de Gales. Introduzido em 1999, o GLO incorporou nas Regras de Processo Civil a prática desenvolvida pelos juízes na gestão de casos múltiplos envolvendo grande número de litigantes nas décadas de 1980 e 1990. Os procedimentos incorporados no GLO foram previamente testados nesta experiência. Um GLO, comparado com uma regra de ação representativa, proporciona uma flexibilidade e adaptabilidade consideráveis, pois ela dá ao tribunal amplo poder discricionário e inclui poucos processos específicos e orientações claras em relação aos procedimentos de ação coletiva modelados na Regra Federal Americana 23.

A este respeito, reflete o patrimônio da *common law* da Inglaterra, dando ao juiz designado amplo poder discricionário para tratar de questões na forma que ele considera mais adequado para gerenciar várias reivindicações semelhantes. Os juízes a que normalmente são atribuídos a GLOs não só têm o benefício de quase duas décadas de experiência institucional com ações multipartidárias, mas também substancial experiência pessoal na gestão de casos complexos.

Quando as ações ajuizadas dão origem a questões de fato ou de direito comuns ou conexas, o tribunal pode inscrever um GLO no sistema processual que lhe permita gerir essas alegações. O tribunal também tem ampla discricionariedade no que diz respeito ao número de ações que podem solicitar um GLO. Embora a regra 19 não estabeleça um número mínimo de reivindicações exigidas para um GLO, o tribunal considerará o número de processos que

⁶⁸ O autor cita alguns casos oriundos do sistema inglês em que o *representative actions* não foi suficiente para a solução de litígios múltiplos: “Durante vários anos, os tribunais ingleses depararam-se com litígios coletivos de grande repercussão, os quais trouxeram enormes dificuldades práticas para a efetivação da adequada tutela jurisdicional coletiva. E dois casos são emblemáticos: (a) o caso *Daves (Joseph Owen) vs Lli lilly*, de 1987, também conhecido como o “Caso *Opren Litigation*”, que versou sobre pretensões indenizatórias em razão de danos sofridos por mais de 1.500 pessoas, decorrentes do uso do medicamento *Opren*; e b) o caso *Hogson vs Imperial Tobacco Ltd*, do ano de 1999, que discutiu o direito de indenização pelo diagnóstico de doenças oriundas da utilização contínua do tabaco” (CAVALCANTI ; 2016, p. 82).

⁶⁹ Segundo o referido autor, “outra razão pela qual esses processos são exceções na Inglaterra é o risco de custo pessoal do autor da demanda, uma vez que, mesmo na hipótese de procedência do pedido, pode não conseguir recuperar as despesas dos membros da classe. Ademais, se na hipótese de procedência do pedido o risco de custo já é assustador, torna-se pior na situação de improcedência do pedido, quando, então, o autor se torna responsável pessoal pelas custas dos opositores” (CAVALCANTI : 2015, p. 320).

foram iniciados ou potencialmente iniciáveis a fim de decidir se a procedimentalização pela GLO é apropriada. Se houver relativamente poucas ações, a corte pode concluir que elas podem ser gerenciadas da forma tradicional, individualmente e sem um GLO. (KARLSGODT, 2012, p. 178)⁷⁰. Rafael de Abreu leciona que “A *GLO* é vista pela doutrina inglesa como um instrumento de justiça ‘macro’, já que permite o julgamento de questões comuns de forma eficiente e consistente, apesar de não funcionar de maneira ampla dado o fato de funcionar na lógica do *opt-in*.” (ABREU, 2015, p. 222) A GLO não é propriamente uma ação coletiva; é uma espécie de incidente processual de resolução coletiva de litígios de massa, o que a torna muito parecida com o IRDR nacional (CAVALCANTI, 2016, p 87).

4.1.2 As *Class Actions* do Direito Norte-Americano

Nos EUA, foram criadas as *class actions for damages* como um eficiente mecanismo de solução de conflitos. Lá, o magistrado pode transformar um processo individual em um processo que represente toda a categoria de litigantes na mesma situação. Assim, se um indivíduo litiga contra uma grande companhia e percebe-se que o mesmo litígio tem potencial de multiplicar ações sobre o mesmo tema, o magistrado do sistema da *common Law* pode atribuir ao particular o *class certification* – certificado de classe – onde este particular poderá representar ***toda uma classe*** que esteja na mesma situação.

Embora o sistema possa variar de estados para estados na Federação Americana, existe um lugar comum para se realizar a dita certificação de classe: trata-se da *adequacy of representation*, ou seja, a representatividade adequada do litigante para que o mesmo possa defender uma classe inteira.

Tal procedimento revela uma norma de ***legitimação*** no sentido jurídico-político: um particular para representar uma classe inteira deverá revelar uma certa idoneidade, um certo

⁷⁰ No original: “The group litigation order (GLO) is the most important procedural tool for group or collective actions in England and Wales. Introduced in 1999, the GLO incorporated into the Civil Procedure Rules the practis developed by judges in managing multiparty cases involving large numbers of claimants in the 1980s and 1990s. The procedures embodied in the GLO were tested in the crucible of this experience. A case management procedure rather than a representative action rule, the GLO provides considerable flexibility and adaptability. It gives the court broad discretion and includes few specific mandates or bright line directions compared with class action procedures modeled on American Federal Rule 23. In this respect it reflects England’s common law heritage, giving the designated judge broad discretion to address issues in the way he or she considers best suited to manage multiple similar claims. The judges that are typically assigned to GLOs not only have the benefit of nearly two decades of institutional experience with multiparty actions but also substantia personal experience in managing complex cases. When claims ‘give rise to common or related issues of fact or law’, the court can enter a GLO enabling it to manage those claims. The court also has broad discretion regarding the number of claims that can prompt a GLO. It may make a GLO ‘where there are or are likely to be a number of claims giving rise to the GLO issues’. While Rule 19 does not establish a minimum number of claims required for a GLO, the court will consider the number of claims that have been started or are likely in deciding whether a GLO is appropriate. If there are relatively few claims, the court may conclude that they can be managed without a GLO.”

preparo jurídico apto a representar, todos, coletivamente. Normalmente se dá tal certificado a quem tem condições financeiras, jurídicas e de legitimidade para liderar um julgamento coletivo, pois no sistema da *common Law*, uma ação com certificado de classe inclusa e sendo sentenciada de forma coletiva atinge todos os interessados, quer seja para beneficiar ou prejudicar.

Nesse ponto, o direito norte-americano tem um mecanismo chamado de *opt-out*, ou seja, o direito de auto-exclusão do processo original coletivizado. Tal direito, entretanto, termina por não ter muita força, tendo em vista que nos EUA vige o sistema de precedentes vinculantes: mesmo que ele se separe da ação principal, sofrerá as suas consequências em face da vinculação decisiva do precedente coletivo, independentemente do resultado ser favorável ou não (CAVALCANTI, 2015, p. 318). No sistema das *class actions*,

Essas características do sistema judicial estadunidense são razões suficientes para desmotivar os indivíduos no dispêndio de recursos com advogados. As ações individuais, ao final, teriam o objetivo de discutir direito que poderia ser, perfeitamente, examinado com bem mais profundidade em ação de classe proposta por representante do grupo, adequadamente controlado pelo magistrado. Enfim, a *Rule 23*, através da *class action for damages*, alcança com certa eficiência a economia processual, com a redução da utilização da máquina judiciária e, conseqüentemente, dos custos e do tempo de julgamento das demandas.

É, sem sombra de dúvidas, um modelo de coletivização que otimiza os julgamentos e traz uma segurança jurídica de forma muito mais célere, tornando as relações de direito material muito mais transparentes para o futuro.

4.1.3 A Ação Coletiva na Alemanha

Para o sistema processual alemão, “é melhor muitos processos bem curtos do que um único processo ‘monstro’ bem longo e com muitos envolvidos” (CAVALCANTI, 2015, p. 320). Ou seja, há uma concepção – ao estilo do CPC/73 – de que os processos devem servir, principalmente, como meio de resolução de conflitos individuais, sendo uma exceção uma ação coletiva. Culturalmente, isto se dá porque os processos individuais alemães são resolvidos em curto espaço de tempo (CAVALCANTI, 2015, p. 321).

Mesmo nesse contexto, a Alemanha possui ações coletivas que são muito similares às aquelas previstas no sistema brasileiro: são as ações de associações (*Verbandsklage*), onde apenas associações previamente cadastradas e autorizadas pelo Poder Público podem promover ações que defendam direitos coletivos de determinada categoria ou grupo homogêneo de pessoas identificáveis (como os consumidores, concorrência e meio ambiente).

Existem, também, as ações de grupos que, apesar deste nome, não são ações coletivas *lato sensu*, posto que, na prática, correspondem ao nosso litisconsórcio ativo facultativo (CAVALCANTI, 2015, p. 321-322).

Em virtude de problemas no mercado de capitais (o famoso caso Telekom)⁷¹ – o que terminou por gerar ações múltiplas no sistema judiciário alemão – a Alemanha adotou a Lei de Melhoria da Proteção dos Investidores de 28 de Outubro de 2004, que alterou de forma significativa a Lei de Negociação de Valores Mobiliários (*Wertpapierhandelsgesetz*), de forma a tornar as regras alemãs relativas às operações de abertura e à manipulação de mercado em conformidade com as regras da Comunidade Europeia, refletindo uma política de integração de mercado e modernização de legislação dos acionistas (*Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts*, ou UMAG), que facilita os processos dos acionistas contra a administração, e a Lei de Processos de Títulos Unificada (*Gesetzes zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren*), que permite uma série de queixas relacionados com valores mobiliários a serem unidas para simplificar os procedimentos (DONALD: 2012, p. 245).⁷² Para Rafael de Abreu,

O instituto do *Musterverfahren* (procedimento-modelo), por sua vez, é um instituto voltado ao estabelecimento de uma decisão coletiva acerca de questões (de fato e de direito) comuns a litígios individuais, mediante a instalação de um incidente padrão,

⁷¹ Segundo Marcos de Araújo Cavalcanti, “O ‘Caso Telekom’ ocorreu durante os anos de 1999 e 2000, quando a empresa Deustch Telekom ofertou publicamente suas ações no mercado financeiro da Bolsa de Valores de Frankfurt, fazendo constar dos prospectos informativos da empresa elementos e subsídios falsos e equivocados a seu respeito. Pouco tempo depois da oferta pública de ações, o valor mobiliário sofreu considerável desvalorização, trazendo enormes prejuízos aos mais de 3 milhões de acionistas da empresa. Inconformados, os investidores ingressaram com milhares de ações individuais contra a empresa Deutsche Telekom, o Estado alemão e alguns bancos participantes da operação, requerendo o ressarcimento pelos prejuízos sofridos. Basicamente, o argumento utilizado foi no sentido de que os elementos e os subsídios constantes dos prospectos informativos eram lacunosos e errôneos, no sentido de que o patrimônio da empresa estava avaliado em mais de 2 bilhões de euros, o que se verificou, posteriormente, não ser verdadeiro. Somente no período de 2001 a 2003, mais de 13 mil ações individuais foram propostas ao Tribunal de primeira instância de Frankfurt., as quais representavam, em conjunto, mais de 150 milhões de euros de prejuízos dos investidores. Essas ações individuais levaram a total paralisia da Câmara de Direito Comercial do *Landesgericht* de Frankfurt, que tinha competência exclusiva para processar e julgar essas demandas. Na época, o presidente daquele Câmara chegou a afirmar que, tendo em vista o andamento normal das referidas demandas individuais, o colegiado competente levaria, no mínimo, 15 anos para eliminar o contencioso gerado pelo ‘Caso Telekom’, mesmo considerado que o Código de Processo Civil Alemão (*ZPO*) permite a reutilização de prova técnica produzida em causas paralelas.” (CAVALCANTI : 2015, p. 329-331).

⁷² No original: “Germany has adopted the Investor Protection Improvement Act of October, 28, 2004 (*Das Gesetz zur Verbesserung des Anlegerschutzes vom 28.10.2004*), which significantly amended the Securities Trading Act (*Wertpapierhandelsgesetz*) to bring German rules on insider dealing and market manipulation into conformance with EU rules, a Business Integrity and Modernization of Shareholder Actions Act (*Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts*, or UMAG), which facilitates shareholder suits against management, and the Securities Suit Joinder Act (*Gesetzes zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren*), which allows a number of related securities complaints to be joined together for streamlined proceedings.”

com a nomeação de um “líder” para ambos os polos da relação, que vai atuar como uma espécie de porta-voz das partes.⁷¹ Discute-se acerca da vinculação da decisão, sendo essa apontada apenas aos processos pendentes no momento da suspensão e não aos processos futuros (ABREU, 2015, p. 222)

Em 2005, o legislador alemão, considerando a decisão proferida pelo Tribunal Federal Constitucional alemão, editou a Lei de Introdução do Procedimento-Modelo para os Investidores em mercado de Capitais (*KapMuG*), prevendo o cabimento de um incidente de resolução coletiva de conflitos de massa no âmbito das controvérsias decorrentes do mercado imobiliário. Vale destacar que a referida lei, que entrou em vigor em 1º de novembro de 2005, foi concebida como uma experiência temporária para resolver o problema do caso Telekom, tendo o seu término programado para 1º de novembro de 2010. Como tinha uma eficiência comprovada e o problema ainda não havia acabado, prorrogou-se mais algumas vezes e sua vigência irá até o ano de 2020, ampliando também a matéria passível de cognição (CAVALCANTI, 2015, p. 332).

Apesar dos ordenamentos de diversos países também possuem soluções para as demandas coletivas, por questões metodológicas será restrito o alcance para estes três países (Inglaterra, EUA e Alemanha) a fim de se tecer considerações sobre os procedimentos previstos no CPC.

Percebe-se que em vários países foram desenvolvidas formas de incidentes de coletivização dos litígios, deflagrados a partir de processos individuais (e não que já nasciam coletivos, como no caso do Brasil à luz do CPC/73). Nestes incidentes, são resolvidas as questões comuns à massa de litígios e proferida decisão a ser replicada em todos os processos em que o debate similar seja observado. “Este tipo de técnica busca equacionar os reclamos por uma eficiência sistêmica do Judiciário com o respeito à condução individual dos processos, reduzindo ainda alguns problemas das ações coletivas”. (CABRAL, 2017, p. 38).

4.2 O Microssistema de Julgamento de Casos Repetitivos e de Produção dos Precedentes Vinculantes

Os casos repetitivos se avolumaram de tal forma no direito brasileiro que outra opção não restou ao legislador senão sistematizar e dar a máxima eficácia ao julgamento das questões repetitivas que abarrotam o Judiciário no seu dia a dia⁷³. O CPC/15 adotou um

⁷³ Nesse sentido, importa observar o desabafo da Ministra Ellen Gracie: “Alinho-me entre os que acreditam que a maior parte das questões trazidas ao foro, especialmente ao foro federal, são causas repetitivas, onde, embora diversas as partes e seus patronos, a lide jurídica é sempre a mesma. São causas que se contam aos milhares em todo o país e que dizem respeito a matérias exaustivamente discutidas e de há muito pacificadas pela jurisprudência. Como exemplo, as devoluções de empréstimos compulsórios, as causas em que se busca a

modelo de gestão de processos múltiplos e produção de precedentes vinculantes que teriam o condão de vincular os membros do Poder Judiciário ligados à competência do órgão julgador. Estes dois procedimentos foram adensados em uma única modalidade denominada de microssistema de julgamentos de casos repetitivos e formação de precedentes vinculantes, em um reconhecimento legislativo da tendência contemporânea ao aproveitamento máximo das respostas judiciais. O microssistema de precedentes vinculantes não é preventivo de jurisdição, no sentido de impedir o acesso ao processo; muito pelo contrário, sua figura é repressiva, ou seja, as partes possuem o direito de ajuizar a demanda, tendo o precedente vinculante a seu favor ou em sentido contrário⁷⁴.

Arthur Mehren e Peter Murray justificam essa opção também existente no processo norte-americano pelo fato de que:

correção monetária dos salários de contribuição, para efeito de cálculo das aposentadorias, aquelas em que os depositantes reivindicam a aplicação de índices expurgados ao cálculo de seus saldos em cadernetas de poupança, entre inúmeras outras. [...] É inútil e custoso manter a máquina judiciária ocupada com questões que já não oferecem relevo ou dificuldade. Mais que isso, tal atitude desvia atenção e recursos do Judiciário, os quais deveriam estar melhor aplicados nas questões que têm maior atualidade e demandam reflexão e atividade criativa por parte dos magistrados.” (NORTHFLEET : 1996, p. 12).

⁷⁴ Nesse sentido, é importante o testemunho de Marcos Cavalcanti sobre as discussões que ocorreram antes da promulgação do atual CPC: “O IRDR não tem caráter *preventivo*, ou seja, não impede ou evita o ajuizamento de demandas repetitivas. O instituto somente tem cabimento quando *já houver* efetiva repetição de processos judiciais que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito. Para a instauração do IRDR, os interessados já devem ter *ingressado em juízo* com suas demandas judiciais, formando uma quantidade de processos que coloquem em risco a isonomia e a segurança jurídica no âmbito do Poder Judiciário. Ainda na fase legislativa, mais especificamente no Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, apesar de a finalidade do IRDR ser declarada e marcadamente *repressiva*, poder-se-ia dizer que o instituto tinha algum *viés preventivo*. Na forma prevista na Câmara dos Deputados, o incidente não servia apenas para potencializar a resolução, em bloco, dos processos judiciais repetitivos. Poderia, também, evitar o ajuizamento de *novas* causas que versassem sobre as mesmas questões comuns resolvidas pelo incidente processual. Nos termos do § 5.º do art. 990 do substitutivo da Câmara dos Deputados, com a admissão do incidente *o prazo prescricional das pretensões individuais ficaria suspenso* nos casos em que se repetisse a questão de direito. Com efeito, instaurado o incidente processual coletivo, o indivíduo que tivesse a pretensão enquadrada na hipótese discutida no IRDR poderia optar por não ingressar imediatamente em juízo com sua demanda individual. Em vista da suspensão do prazo prescricional das pretensões repetitivas, melhor seria esperar o resultado final do IRDR, evitando, assim, gastos inúteis e a utilização desnecessária da máquina judiciária. Outrossim, considerando que a decisão de mérito proferida no julgamento do IRDR tem eficácia *vinculante* até mesmo para os processos judiciais futuros, ou seja, aqueles ajuizados após o julgamento do incidente processual, o interessado ainda não litigante, provavelmente, somente ingressaria em juízo com sua demanda individual se a decisão do IRDR lhe fosse favorável. Sendo a decisão desfavorável, seria muito difícil o ajuizamento de causas futuras, salvo quando houvesse motivos para revisão da tese jurídica firmada pelo tribunal no julgamento do incidente processual coletivo. Infelizmente, a regra suspensiva da prescrição foi retirada do texto final do NCPC, sob o equivocado argumento de que seria relativa a *direito material* e que o novo diploma processual não é o local adequado para estabelecê-la. Não há no texto final aprovado qualquer outro dispositivo que lhe corresponda. Portanto, a admissão do IRDR *não suspende* a prescrição das pretensões individuais nos casos repetidos, deixando evidente o seu *caráter marcadamente repressivo*. Logo, *deve ser revogado*, uma vez que formulado com base na versão da Câmara dos Deputados, o Enunciado 206 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, segundo o qual: “A prescrição ficará suspensa até o trânsito em julgado do incidente de resolução de demandas repetitivas”. (CAVALCANTI : 2016, p. 169-170).

Um advogado confrontado com uma decisão adversa precedente é sempre livre para argumentar que, apesar da aplicabilidade factual de algum precedente, o caso em discussão deve ser decidido de forma diferente em decorrência do caso precedente ter sido erroneamente decidido ou que algumas condições ou políticas relevantes mudaram para que uma decisão diferente seja agora produzida. (MEHREN; MURRAY, 2007, p. 45)⁷⁵

Assim, observam-se várias regras em comum no microssistema, como as que dizem respeito à paralisação dos processos que versem sobre o mesmo tema, a impossibilidade de desistência do recurso onde o julgamento será feito para que a tese seja julgada, a vinculação do resultado final através de sua *ratio* e regra. O microssistema passa a ter dois objetivos: julgar de forma célere múltiplos processos e vincular os demais julgadores a seguir a mesma linha, se a causa vier a ser mui semelhante.

Há, também, regras de aplicação em comum dos precedentes firmados, como o caso da improcedência liminar (art. 332, II e III, CPC), a dispensa da remessa necessária (art. 496, § 4º, II e III do CPC), o preenchimento da hipótese da tutela provisória de evidência (art. 311, II, CPC), a outorga de poder ao relator para decidir monocraticamente (art. 932, IV, b e c, V, b e c; art. 955, parágrafo único, II, CPC), dentre vários outros (CUNHA; DIDIER, 2017, pp. 313-314).

Esta divisão do microssistema em duas espécies distintas (julgamento de casos repetitivos e formação do precedente vinculante) é essencial para identificar que, em algumas situações, em função do aspecto constitucional do processo brasileiro, é possível ter situações em que haverá o julgamento de casos repetitivos sem a formação do precedente vinculante, como no caso da *narrowest grounds* e precedente sem *ratio*.

É, pois, o caso das *narrowest grounds* ou concordância enfática. Embora no sistema norte-americano tenha um sistema constitucional distinto, no sistema jurídico brasileiro a motivação da decisão judicial é uma das condições de validade da própria decisão. Decisão sem motivação é nula de pleno direito – e tal consequência está estipulada pela própria Carta Magna brasileira.

Nesse sentido, tome-se como exemplo o caso da Súmula 343 do STF. Primeiramente, o STF decidiu que a súmula não se aplicaria se a matéria de direito fosse constitucional; depois, alterou pontualmente o seu entendimento informando que, se a matéria constitucional

⁷⁵ No original: “A lawyer faced with an adverse precedent decision is always free to argue that despite factual applicability of some precedent, the case at bar should be differently decided because the precedent case was wrongly decided or that some relevant conditions or policies have changed so that a different decision is now indicated.”

à época da prolação da decisão rescidenda esta guardasse compatibilidade com as decisões do STF, essa matéria também não seria suscetível de ação rescisória.

Esse foi o entendimento geral, extraído do placar de 7x2. Entretanto, ao se analisar a *ratio decidendi* dos votos, tem-se três importantes conteúdos:

- a) Os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Lúzi Fux, Rosa Weber e Levandoski adoraram o fundamento de que o novo entendimento judicial ou precedente do STF não pode constituir base para a rescisão da decisão que com ele confronta. Ou seja, cinco ministros adotaram esse fundamento, provendo o recurso;
- b) O Ministro Dias Toffoli reconheceu a decadência da ação rescisória e não se manifestou sobre a questão da possibilidade da desconstituição de decisão com base em precedente ulterior do STF, provendo o recurso;
- c) A Ministra Carmen Lúcia rejeitou a decadência e o fundamento dos cinco ministros, provendo o recurso depois de admitir a ação rescisória e analisar a questão do direito, sob fundamento inverso da então maioria, provendo o recurso.

Por não haver fundamentos convergentes formando uma maioria meritória, entendo que o caso é decidido perante as partes – e se fosse recurso extraordinário repetitivo, poderia decidir o grupo de recursos afetados se estivessem na mesma situação – mas não poderia ser considerado precedente vinculante pelo fato de que não houve maioria meritória para o caso vertente; houve uma maioria circunstancial, envolvendo aspectos processuais e materiais.

Ao meu ver, para que haja a aplicação da teoria do *narrowest ground* para a formação de precedente vinculante, é necessário sobretudo que haja maioria meritória: podem os julgadores apreciarem sob fundamentos distintos, mas desde que os mesmos sejam de mérito; se houver circunstancialidades de matéria processual antes da análise do mérito, não há maioria meritória e, portanto, não há *ratio decidendi* meritória por maioria e inexistente o precedente vinculante.

4.2.1 O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

No CPC/73, existia um incidente para as fases recursais denominado de “incidente de uniformização de jurisprudência”. Neste incidente, eram julgadas apenas as teses jurídicas, não o caso concreto. A consequência era que poderia se formar uma espécie de precedente persuasivo, mas nem sequer como tal poderia ser classificado: o IUI, na verdade, ao julgar apenas a tese, não obrigava a turma recursal que a solicitou seguir nem mesmo no caso julgado. Todo um trabalho firmado, por vezes superior a um ano, não gerava frutos de uniformização.

Com o CPC/15, adveio a figura do incidente de resolução de demandas repetitivas, aqui indicada pela sigla IRDR. O IRDR parte de um novo sistema – o CPC/15 com precedentes vinculantes – e o seu julgamento passa, assim, a vincular horizontal e verticalmente. Horizontal porque o mesmo tribunal que o produziu deverá sua obediência, não podendo nenhum desembargador, posteriormente, o desconsiderar sozinho (deverá submeter o seu pensamento ao processamento do *overruling*). Vertical, posto que obriga todos os juízes de instância inferior ao seu seguimento, afastando por completo as teses jurídicas em sentido diverso.

Apesar das diversas discussões no Congresso Nacional sobre se o IRDR é cabível em qualquer grau de jurisdição, entendemos que, de acordo com a promulgação do CPC, o IRDR ficou restrito apenas aos tribunais ordinários (tribunais de justiça, tribunais regionais federais e do trabalho). É, pois, o que se extrai ao se interpretar dois dispositivos do CPC:

- a) no artigo 976, § 4º, quando exclui a possibilidade de IRDR “quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva”. Ou seja, ele é inviável se houver recurso repetitivo, indicando teleologicamente um tribunal superior ao IRDR;
- b) no artigo 982, I, ao aduzir sobre a sua área de abrangência e afirmar que, uma vez admitido o incidente, o relator “suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso”. No Estado, para os tribunais de justiça; na região, para os tribunais regionalizados como os federais e os do trabalho⁷⁶.

Para que haja um IRDR, é necessário que hajam múltiplos processos. Embora o CPC não tenha feito uma análise de quantos processos devam existir, resta óbvio que dois não seriam suficientes, pois o CPC fala em “efetiva repetição de processos”, o que geraria, em tese, “repetições de processos”. Tem que haver uma quantidade de processos que ponha em risco a isonomia e a segurança jurídica e a própria atividade do Poder Judiciário. Não podem ser poucas causas; deve haver um número significativo que justifique todo o procedimento e trabalho jurisdicional a ser feito por parte do tribunal local. No caso da experiência norte-americana, o *Class Action Fairness Action of 2005* exige que se tenha, no mínimo, 100

⁷⁶ Alguns autores, como Edilton Meireles, pensam em sentido contrário: “tal incidente tem lugar em qualquer demanda judicial, seja qual for o estado em que ela se encontra e em qualquer grau de jurisdição. Pelo projeto aprovado na Câmara dos Deputados, esse incidente ficaria limitado aos tribunais estaduais e regionais (§ 1º do art. 988 da versão aprovada na Câmara dos Deputados). Tal restrição, porém, foi expurgada pelo Senado Federal. Logo, não havendo qualquer restrição, tal incidente pode ser suscitado perante qualquer juízo ou tribunal em qualquer causa repetitiva.” (MEIRELES : 2017, p. 66)

pessoas como o conceito de diversidade (ou multiplicidade mínima), que o valor do grupo seja no mínimo de cinco milhões de dólares e que hajam questões de direito e/ou de fato comuns ao grupo (BERNARD; KRAUSS, 2010, p. 295)⁷⁷. Volvendo ao caso do Brasil, deve haver razoabilidade no julgamento do incidente no sentido de que o tempo de sua duração será razoável se levar em consideração o tempo de uma eventual jurisprudência errante julgando diversos processos.

Indo além, o IRDR não teria espaço se, apesar da multiplicidade de processos, o tribunal local interpreta ele de forma unânime, já que não haveria mais o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

O IRDR tem, sem sombra de dúvidas, a natureza de um incidente processual, sendo que considero um incidente como uma alteração no procedimento do tradicional do processo, com características de acessoriedade (depende da existência de outro processo), de transporte cognitivo via conexão procedimental (um ponto da cognição do processo é transportado para outro procedimento e desvia o desenvolvimento normal do processo) e procedimentalidade própria (exige a instauração de um procedimento específico para o exame das questões incidentais, importando em uma alteração no devido processo legal). No caso, o IRDR é um incidente processual coletivo (CAVALCANTI, 2016, p. 179).

Assim, de acordo com o artigo 976 do CPC, é cabível a instauração do IRDR quando houver, simultaneamente, a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e risco de ofensa à isonomia e segurança jurídica. É, sobretudo, uma das formas mais eficientes de se terminar com a chamada “loteria jurisprudencial”. As questões de direito submetíveis a IRDR são aquelas “que decorrem de origem comum e cujos aspectos comuns prevalecem sobre os individuais, recomendando o tratamento coletivo” (CAVALCANTI, 2016, p. 201).

O IRDR, de forma similar ao que ocorria com o IUJ, julga tese jurídica. Como complemento, julga também o mérito do processo, sendo que a tese e a causa terão suas finalizações no órgão especial que o regimento interno do tribunal determinar⁷⁸; portanto, no IRDR há a possibilidade de se realizar dois julgamentos simultaneamente: o da tese (*erga*

⁷⁷ No original: “As defined by the Class Action Fairness Action of 2005 (CAFA), a ‘mas action’ is a civil action that provides a federal forum for the monetary relief claims of 100 or more persons so long as the parties are ‘minimally diverse’, the aggregated value of the claims exceeds \$5 milion, and those claims ‘involve common questions of law or fact’”.

⁷⁸ Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

omnes) e os demais pontos do processo individualizado (*inter partes*). Em situações excepcionais, pode haver o julgamento múltiplo e, por vícios no julgamento, não se ter a fixação do precedente vinculante.

De outro lado, o fato de julgar a causa e a tese pode gerar confusões no futuro, tendo em vista que todos os fundamentos do processo individualizado não fazem parte da *ratio decidendi* e nem a rigor pode ser considerado *obiter dictum* pelas seguintes razões:

- a) há possibilidade de que o outro pedido seja bem distinto da matéria coletivizada, não podendo assim serem consideradas argumentações de reforço por tratar de outros temas;
- b) apesar de ser submetida a voto – o que não acontece com as matérias *obiter dictum* – não se transformará em precedente vinculante, mas sim meramente em precedente persuasivo.

É possível ter, portanto, um julgamento múltiplo de processos com formação de precedente vinculante (causa múltipla) e precedente persuasivo (causa individual) ao mesmo tempo.

Tal argumentação fica com visualização mais fácil se for visualizada a situação em que uma determinada empresa ajuíza ação para o cumprimento de um contrato e pede o benefício da justiça gratuita. A discussão coletivizada no caso termina por ser a questão do benefício da justiça gratuita a pessoas jurídicas (formas de pedir, de provar etc). A questão principal (cláusulas contratuais) é questão individual do processo, não coletivizada. Assim, por um lado há um julgamento coletivizado pelo IRDR afetado à questão da concessão do benefício da justiça gratuita, com possíveis argumentos *obiter dictum* em função desta análise, e por outro lado há o julgamento de mérito do pedido formulado, onde serão tecidas considerações sobre a *quaestio* contratual posta em juízo, cuja característica do julgamento nesta parte é a não formação de precedente vinculante.

Como uma forma de facilitar a compreensão e evitar infortúnios, é crucial que o desembargador relator, ao admitir o incidente, declare expressamente em seu despacho monocrático que matéria estará sujeita ao IRDR e quais serão as matérias que se submeterão ao rito comum. Seria uma decisão de afetação aos moldes do que ocorre nos recursos especial e extraordinário repetitivos (art. 1.037, I, CPC).

Sob uma outra análise hipotética, pode ser que as diferentes cognições (*erga omnes* e *inter partes*) sejam coincidentes (onde a matéria do IRDR é a matéria integral do processo), como também poderá ser que o IRDR seja mais amplo que a causa. Como o julgamento da tese passa a ser mais importante que o julgamento da causa, eventual “desistência ou

abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente” (art. 976, § 1º, CPC), que, por esta razão, não está preso aos limites da lide tradicional. A cognição *erga omnes* prossegue e as demais cognições *inter partes* serão extintas sem apreciação do mérito.

Poderão ser apreciadas teses e exarada *ratio decidendi* para a decisão *erga omnes* em desconformidade com o julgamento do processo original sem que a sentença seja considerada *ultra, cita* ou *extra petita*, pois “o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários” (art. 984, § 2º). O que exceder valerá para os processos futuros como precedente, mas não valerá para o processo *sub judice*.

Se em algum tribunal superior houver a assunção de um recurso repetitivo na mesma matéria, o IRDR local deverá ser extinto e os demais processos que versem sobre aquela tese deverão ser suspensos (art. 976, § 4º do CPC).

O julgamento de IRDR implica em abertura cognitiva do sistema jurídico em seu principal centro decisório – os tribunais. Logo, uma vez instaurado, deverá haver a “mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça” (art. 979, *caput*). Esta divulgação, entretanto, deveria ser feita o mais amplo possível, incluindo o site do próprio tribunal – em destaque próprio – bem como em jornais e, se possível, televisão, como o é feito nos EUA.

Esta abertura cognitiva tem uma operacionalidade interna própria. Através de um despacho do relator, no prazo comum de 15 dias, os demais interessados no litígio, inclusive pessoas órgãos e entidades que possuam interesse na controvérsia, poderão requerer a juntada de documentos e solicitar as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida (art. 983)⁷⁹.

4.2.2 O Incidente de Assunção de Competência

O incidente de assunção de competência (aqui chamado de IAC) é similar ao IRDR, só que com algumas distinções:

- a) é admissível no julgamento de recurso, remessa necessária ou de processo de competência originária;

⁷⁹ Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria. § 2º Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.

- b) a relevante questão de direito que o habilita deverá ter grande repercussão social;
- c) não há multiplicidade de processos versando sobre a matéria;
- d) ele não visa uniformizar jurisprudência – posto que não é o seu requisito processos plúrimos e aplicação do princípio da isonomia, mas, em função da matéria, ele produz um precedente vinculante.

Por serem símiles, o IRDR e o IAC podem se confundir na prática. Alguns casos, contudo, poderão indicar se se trata de um IRDR ou de um IAC:

- a) em uma única ação de usucapião coletivo de uma grande comunidade – como uma imensa favela (fundado no Estatuto das Cidades), a causa não é múltipla, mas goza de profunda relevância social. O caso, então, seria de IAC;
- b) em uma ação de fornecimento de um dado medicamento, fundada na Constituição (universalização da saúde), o quantitativo de ações é tradicionalmente múltiplo. Logo, o caso é de IRDR;
- c) em uma ação que envolva a liberdade de expressão fundada em um livro que contenha racismo ou apologia ao nazismo (a justiça sergipana julgou um caso onde em um livro um personagem histórico – Lampião – era narrado como homossexual), apesar da causa poder ser apreciada por uma Turma do Tribunal, percebe-se que ela possui uma grande repercussão social e, por esta razão, deverá ser julgada em IAC;
- d) as ações civis públicas promovidas pelo *parquet* contra o Poder Público e que envolvam interesses sensíveis podem vir a ser resolvidas via IAC, posto que, apesar de ser, muita das vezes, um único processo, ela pode afetar sobremaneira um determinado serviço público (exemplo: reforma de um grande estádio de futebol, interdição de carceragens etc). Assim, determinados processos que versem sobre interesses públicos elevados ou vultosas indenizações que afetem a Fazenda Pública devem ser julgados em IAC.

Percebe-se que são dois os requisitos que o IAC possui que o distinguem do IRDR: relevante questão de direito com grande repercussão social e ausência de multiplicidade de processos. O IAC não admite a usurpação de competência originária do juiz de primeiro grau; apenas poderá haver deslocamento de competência se o processo já se encontrar no tribunal (tanto que o artigo 947 fala que será admissível o IAC quando houver julgamento de recurso, remessa necessária ou processo de competência originária do tribunal).

O IAC poderá ser aplicado, supletivamente, “quando ocorrer relevante questão de direito a respeito da qual seja conveniente a prevenção ou a composição de divergência entre câmaras ou turmas do tribunal” (art. 947, § 4º). Sua decisão também será vinculante.

4.2.3 Aspectos Comuns entre o IRDR e o IAC

4.2.3.1 IRDR ou IAC em Tribunais Distintos: há Vinculação?

Uma das dúvidas corriqueiras sobre o novo sistema dos precedentes vinculantes, em especial na situação dos IRDRs, é saber se um IRDR produzido em um dado Tribunal de Justiça (ou TRT, TRF) vincularia outro Tribunal de mesma hierarquia, mas fora de sua competência territorial. Em outras palavras, um IRDR decidido no TJSP vincularia os demais TJs Brasil afora?

Para o deslace do tema, é importante classificar os precedentes em duas dimensões: a vertical e a horizontal. A dimensão vertical significa que um julgador está jungido a decisões de uma corte que lhe é superior hierarquicamente; já a dimensão horizontal do precedente vinculante significa que a Corte em questão⁸⁰ está vinculada aos seus próprios precedentes vinculantes anteriores (SMITS, 2006, p. 415). Percebe-se que a eficácia vinculativa de um precedente vinculante de tribunais locais está jungida, apenas, a sua competência territorial; logo, um precedente criado em IRDR em São Paulo apenas tem caráter vinculante para o seu território, servindo, entretanto, como precedente persuasivo para os demais Tribunais locais.

Neste sentido aduz o artigo 985, I, do CPC, que afirma que a tese jurídica será aplicada “a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região”, demonstrando que a mesma terá um efeito natural retroativo⁸¹.

4.2.3.2 O Papel Preponderante dos Tribunais de Justiça no Julgamento de IRDR ou IAC de Legislação Local e a Similitude com as *Suprem Courts Estaduais dos EUA*

⁸⁰ É importante frisar que o novo CPC aboliu a possibilidade do juiz de primeiro grau em utilizar os seus precedentes horizontais e persuasivos para embasar a improcedência liminar da ação, podendo apenas e tão somente se fundamentar em precedentes verticais.

⁸¹ No mesmo sentido, “a força vinculante dos acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas, por se tratarem de procedimentos de uniformização da jurisprudência já na segunda instância, ficará naturalmente adstrita à jurisdição do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal”(PINHO; RODRIGUES : 2017, p. 294).

No sistema federativo dos EUA, os Estados podem legislar sobre diversas matérias relevantes, como direito civil, processo civil, penal, trabalhista e diversos outros ramos do direito. Por não terem uma unificação de uma legislação civil nas matérias estaduais, ocorre um fenômeno em que os tribunais locais – denominados de *supremas cortes estaduais* – terminam por serem as últimas instâncias em diversas matérias. Muitas vezes, uma ação de dano moral se transforma em um precedente vinculante em um Estado e no Estado vizinho o mesmo pedido é considerado apenas um mero aborrecimento (também como precedente vinculante); a maioria civil varia de Estado para Estado; casamentos inter-raciais eram proibidos e criminalizados em vários Estados (o que originou o famoso caso *Loving vs. Virginia*). Tal fenômeno especial não ocorre no Brasil, onde a União detém o poder de legislar exclusivamente sobre diversos diplomas importantes, como o direito civil, o comercial, o processual, dentre outros (CF art. 22, I), de um lado, e o Superior Tribunal de Justiça, de outro, com o poder de unificar as interpretações de precedentes de legislação federal.

Entrementes, mesmo no sistema de legislação residual, os Estados e os Municípios podem produzir legislações que não tenham reflexos diretos na Constituição ou em leis federais. Nesse caso particular, eventual IRDR ou IAC nessas matérias terá o condão de outorgar aos tribunais ordinários (tribunais de justiça e os regionais) o poder de decidir, em última ou única instância, a matéria em questão, tornando-os símiles, nesse ponto, aos seus correlatos no modelo norte-americano.

4.2.4 Os Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos

O CPC atual corrigiu um problema do CPC/73 e unificou a sistemática do julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos no artigo 1.036 e seguintes. No julgamento de repetitivos é necessário que haja multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito. Ato contínuo, uma vez decretado o rito em decisão monocrática, os tribunais locais escolhem dois ou mais recursos representativos da controvérsia admissíveis, sendo que, ao escolher os recursos, o tribunal local determinará a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes naquele Estado ou região (art. 1.036).

O relator do Tribunal Superior proferirá decisão de afetação, o que vem a ser a decisão prévia mais importante no processamento dos repetitivos, posto que a decisão identificará com precisão a questão de direito (material ou processual) a ser submetida a julgamento e, no mesmo ato, suspenderá o curso de todos os processos pendentes no território nacional (art. 1.037). Outro ponto importante é que o acórdão do processo que gerará precedente vinculante será dividido em dois: um para a parte vinculante, com a identificação

clara da *ratio decidendi*, e outro para os demais pontos do processo, a fim de evitar confusões sobre o alcance da vinculação.

Pelo dispositivo do CPC, observa-se que haverá dois tipos de recursos no processamento dos recursos repetitivos:

- a) os recursos ***afetados e representativos de controvérsia***, que serão aqueles escolhidos pelos presidentes dos tribunais locais ou pelo próprio tribunal superior em face de sua qualidade e abrangência de matéria para serem enviados;
- b) os recursos ***sobrestados*** que, a despeito de preencherem os requisitos formais dos recursos interposto, foi determinada a sua ***permanência*** no tribunal de origem ou no tribunal superior para aguardar o resultado final dos recursos ***representativos de controvérsia***. Estes recursos não tramitarão e ficarão na dependência do julgamento especial a ser realizado no tribunal superior.

No artigo 1.038 do CPC, há a abertura cognitiva do sistema de precedentes vinculantes, onde o relator poderá solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. Aqui, há uma distinção com o sistema de ações coletivas do CPC/73, pois não é necessário que estas pessoas que vão ingressar no processo como *amicus curiae* sejam legitimados ativos para ações coletivas. Podem ser quaisquer pessoas, desde que tenham representatividade adequada. Outrossim, o relator também poderá fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, o que importa em uma abertura cognitiva especial, posto que estas pessoas não são *amicus curiae* nos moldes do artigo 138 do CPC, mas sim *experts* na matéria (sem serem peritos do caso), aproximando-se da antiga figura do *amicus curiae* do direito norte-americano.

4.2.5 A Especialidade Procedimental do *Overruling* Intertribunais envolvendo Precedente Vinculante

Um ponto importante na análise do *overruling* brasileiro é que, se para a criação do precedente vinculante há uma abertura cognitiva para os demais sistemas interessados apresentarem suas razões (irritações sistêmicas) e uma procedimentalidade interna exclusiva, estes mesmos elementos também poderão ocorrer nos debates sobre a possibilidade de revisão do entendimento da instância inferior. É o que consta do artigo 927, § 2º do CPC: “A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.” Nesse ponto, o termo

“poderá” é crucial para se compreender o poder que o ministro relator terá. Se o ministro decidir dispensar as audiências públicas, deverá fazê-lo com a devida fundamentação, mas será obrigado a cumprir as demais etapas da operacionalidade interna e por o processo para ser julgado na instância adequada para os recursos repetitivos.

Convém destacar que esta maior abertura cognitiva demanda, também, uma nova motivação que enfrente efetivamente todos os termos postulados, conforme aduz o § 4º do artigo 927:

A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Esta fundamentação adequada e específica, enfrentando e afastando o precedente vinculante anterior, tem o fito de criar uma nova *ratio decidendi* própria para o novo precedente. Estes argumentos são importantes como um alerta para evitar que ocorra no processo brasileiro a “chicana” institucionalizada. Se um tribunal local forma um precedente vinculante em IRDR, não pode o STJ ou o STF, em sede recursal e por julgamento monocrático, revogar aquele entendimento, salvo se for na hipótese de ter havido um outro incidente com julgamento de repetitivo naquela matéria e o ministro estar fazendo a sua aplicação.

4.2.6 O Potencial Fenômeno de Junção dos Procedimentos de Produção de Precedentes Vinculantes e Ação Coletiva que Versem sobre o Mesmo Tema

O julgamento do IRDR poderá julgar a tese procedente ou improcedente, não se aplicando aqui a regra da coisa julgada *secundum eventum litis*, típica das ações coletivas à luz do CDC. E se houver, no caso, processos coletivos versando sobre a mesma matéria? A tese ser-lhe-ia também aplicável?

Como se sabe, as ações coletivas possuem a limitação de proteção: elas foram criadas para proteger o direito dos substituídos e não prejudicar seus interesses. Tanto que a coisa julgada é na modalidade *secundum eventum litis*. Entrementes, o IRDR, criação deste novo CPC, aduz em seu artigo 985 que a tese jurídica será aplicável “a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito”. Nessa toada, Fredie Didier entende que, “havendo entre as causas repetitivas uma ação coletiva, ela deve ser a escolhida como caso piloto (causa representativa da controvérsia, nos termos do § 6º do art. 1.036 do CPC).” (DIDIER JR; ZANETI JR, 2017, p. 189). Embora seu argumento se dirija ao

caso dos recursos repetitivos (recurso extraordinário e especial), seu argumento também é aplicável ao caso dos IRDR por conta do artigo 139, X, do CPC, que determina ser dever do juiz, diante de casos repetitivos, comunicar o fato aos legitimados para que verifiquem a viabilidade da ação coletiva. Noutras palavras, o ordenamento informa que, diante de causas repetitivas, deve-se procurar buscar uma ação coletiva para sistematizar e otimizar a discussão.

Assim, a ação coletiva deverá ser o caso piloto. E, nesse sentido, consequências jurídicas importantes serão extraídas deste fenômeno. A primeira hipótese é o que ocorrerá com a improcedência do pleito que, segundo o CDC, não prejudicaria os substituídos. Como se sabe, o CDC terminou por ser o principal instrumento para o disciplinamento das ações coletivas no Brasil em face do deserto jurídico de legislações sobre processo coletivo. Com o advento do artigo 985 do CPC, foi pela primeira vez aberta a possibilidade de que os julgamentos de IRDR aplicam-se às ações coletivas mesmo quando houver a sua improcedência, criando um precedente vinculante também em sentido contrário e atingindo a pretensão de todos os legitimados. Forma-se um precedente vinculante sem ser, contudo, título executivo contra a categoria representada.

Já no caso de haver a procedência da ação coletiva via IRDR (ou outro instrumento coletivizado), a situação produz efeitos ainda mais significativos. A procedência da ação produz um título executivo judicial aos legitimados que não mais precisam de um novo processo. Aliás, o STJ entendeu, em um escólio memorável, que os processos em curso deveriam todos serem convertidos em fases executórias com o trânsito em julgado da decisão produzida no recurso especial repetitivo, independentemente do estágio em que se encontrassem.

O fenômeno não tem paralelo no direito estrangeiro. Para uma correta análise, é necessário colacionar os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor como legislação que supre a ausência de uma legislação específica sobre os processos coletivos. Confira-se os artigos 103 e 104 do *codex* consumerista, *verbis*:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;
II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;
III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

§ 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

A junção dos dois institutos – IRDR (ou sistema de produção de precedentes vinculantes) e ações coletivas julgadas procedentes – junto com o princípio constitucional da duração razoável do processo, geram uma catálise de efeitos processuais. Cria-se o chamado efeito expansivo subjetivo direto, onde os efeitos da sentença serão diretamente aplicáveis aos demais casos em curso no país. Ao interpretar os dispositivos *supra*, o Ministro Sidnei Beneti assim vaticinou em um precedente que poderá revolucionar a forma de gestão dos processos no novo CPC:

No atual contexto da evolução histórica do sistema processual relativo à efetividade da atividade jurisdicional nos Tribunais Superiores e nos próprios Tribunais de origem, as normas processuais infraconstitucionais devem ser interpretadas teleologicamente, tendo em vista não só a realização dos direitos dos consumidores mas também a própria viabilização da atividade judiciária, de modo a efetivamente assegurar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, de forma que se deve manter a orientação firmada no Tribunal de origem, de aguardo do julgamento da ação coletiva, prevalecendo, pois, a suspensão do processo, tal como determinado pelo Juízo de 1º Grau e confirmado pelo Acórdão ora recorrido.

Atualizando-se a interpretação jurisprudencial, de modo a adequar-se às exigências da realidade processual de agora, deve-se interpretar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, preservando o direito de *ajuizamento* da pretensão individual na pendência de ação coletiva, mas suspendendo-se o *prosseguimento* desses processos individuais, para o aguardo do julgamento de processo de ação coletiva que contenha a mesma macro-lide.

A suspensão do processo individual pode perfeitamente dar-se já ao início, assim que ajuizado, porque, diante do julgamento da tese central na Ação Civil Pública, o processo individual poderá ser julgado de plano, por sentença liminar de mérito (CPC, art. 285-A), para a extinção do processo, no caso de insucesso da tese na Ação Civil Pública, ou, no caso de sucesso da tese em aludida ação, poderá ocorrer a conversão da ação individual em cumprimento de sentença da ação coletiva.

9.- Não há incongruência, mas, ao contrário, harmonização e atualização de interpretação, em atenção à Lei de Recursos Repetitivos, com os julgados que asseguraram o ajuizamento do processo individual na pendência de ação coletiva – o que, de resto, é da literalidade do aludido art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, cujo *caput* dispõe que ‘a defesa dos interesses e direitos dos

consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo’.

O direito ao *ajuizamento* individual deve também ser assegurado, no caso de processos multitudinários repetitivos, porque, se não o fosse, o autor poderia sofrer consequências nocivas ao seu direito, decorrentes de acidentalidades que levassem à frustração circunstancial, por motivo secundário, do processo principal, mas esse ajuizamento não impede a suspensão.

A interpretação presente preserva a faculdade de o autor individual acionar (*poderá*, diz o art 81 do Código de Defesa do Consumidor) e observa precedentes deste Tribunal, não fulminando o processo individual pela litispendência (REsp 14.473, 3ª Turma, Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, DJ 16.3.98 e REsp 160.288, 4ª Turma, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ 13.8.01), precedentes esses que, ainda recentemente levaram a julgamento nesse sentido pela 3ª Turma, inclusive com o voto concordante do subscritor do presente (REsp 1.037.314, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJ 20.6.2008).

Mas a faculdade de suspensão, nos casos multitudinários abre-se ao Juízo, em atenção ao interesse público de preservação da efetividade da Justiça, que se frustra se estrangulada por processos individuais multitudinários, contendo a mesma e única lide, de modo que válida a determinação de suspensão do processo individual, no aguardo do julgamento da macro-lide trazida no processo de ação coletiva.⁸²

Apesar de ter tese vencida do Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, Júlio César Rossi, em excelente texto que analisou este julgado, lecionou que:

Para nós, a tese vencedora alicerça-se na interpretação de que o artigo 81 *c.c.* o art. 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, admitindo o aforamento da ação individual na pendência da ação coletiva – cujo objeto representa um direito individual homogêneo (tutelado coletivamente) – necessariamente exige para o aproveitamento dos efeitos da coisa julgada *secundum eventus litis* (com transporte *in utilibus*) haja a suspensão da pretensão singular; por outras palavras: a suspensão do prosseguimento das ações individuais é condição para o aproveitamento dos efeitos da coisa julgada coletiva, sob pena de não beneficiar os titulares das ações individuais e, ainda, deixá-los a sorte de obterem, cada qual, individualmente, uma decisão contrária aos seus interesses.

Nesse aspecto, *data maxima venia*, a tese vencida peca, pois ao ressaltar a individualidade das ações (repetitivas), deixa de destacar os aspectos positivos da aplicação do artigo 543-C do Código de Processo Civil às lides que cuidam dos direitos individuais homogêneos, principalmente a celeridade, economia processual, duração razoável do processo e a possibilidade de obter um provimento jurisdicional satisfatório ao consumidor, na medida em que em uma pretensão coletiva examinada no bojo de um recurso especial, o Tribunal Superior, fixaria um precedente que, uma vez favorável ao consumidor, estender-se-ia a todos os outros recursos especiais retidos nos tribunais locais e, caso a pretensão não seja acolhida, proporcionaria, ao titular do direito individual, a possibilidade e exame de sua causa por meio de recurso especial ao C. Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 543-C, parágrafos 7º e 8º, do Código de Processo Civil. (ROSSI, 2011, pp. 76-77)

Neste toar, o artigo 104 do CDC, quando menciona que para ser beneficiário da coisa julgada coletiva alguém deverá requerer a suspensão do processo, somada ao princípio constitucional da *celeridade processual* informando que devem ser disponibilizados, da melhor forma possível, os meios que garantam a celeridade da tramitação dos processos, outra

⁸² STJ, Segunda Seção, REsp. 1.110.549/RS, DJ de 28.10.2009, DJe de 14.12.2009.

interpretação não se pode ter senão a que determina a suspensão de *todos* os processos em qualquer fase que se encontre sob o crivo de uma jurisdição final em IRDR ou em recursos repetitivos. O particular não mais teria a possibilidade, dentro do sistema de precedentes vinculantes, de realizar o *opt-out*, posto que estaria jungido aos efeitos da decisão vinculatória, qualquer que seja o seu resultado. Com efeito, o Ministro Sidnei Beneti mencionou em voto-vista que a conversão das ações de conhecimento em liquidações de sentença é a melhor medida a ser adotada, pois:

A conversão das ações individuais em coletivas atende, no caso, à integral potencialidade teleológica da construção doutrinário-jurisprudencial que vem recentemente enfatizando esse sentido de banir julgamentos e recursos repetitivos da mesma lide em diversos processos.

Esse é o caminho do sistema processual, como subjaz em modernos institutos introduzidos por sucessivas reformas processuais, para preservar o Poder Judiciário para julgamento de teses efetivas, libertando-o da movimentação e julgamento de processos que repetem teses já julgadas, decorrentes de umas poucas macro-lides geradoras de processos e recursos repetitivos por vezes às centenas de milhares (especialmente os arts. 543-B, com a redação da Lei 11.418, de 19.12.2006, que autorizou, no âmbito do C. STF, a exigibilidade de repercussão geral, 543-C, com a redação da Lei 11.672, de 8.5.2008, que regrou, na competência do STJ, o julgamento de processos repetitivos, e, 285-A, com a redação da Lei 11.277, de 7.2.2006, que admitiu, em 1º Grau, a sentença imediata de improcedência à improcedência de anteriores casos idênticos).

Repita-se que as teses constantes das petições iniciais de processos de conhecimento convertidas em execuções já se encontram julgadas, seja pelas Ações Coletivas que, à época da conversão, serviram-lhe de base jurídica, seja pela consolidação posterior da jurisprudência deste Tribunal nesse mesmo sentido, no julgamento de ambos os processos representativos de controvérsia acima apontados (REsp 1.107.201/DF e 1.147.595/RS).

Simplesmente não se vê o que mais julgar, quando as teses já estão julgadas, por julgamento consolidador de orientações mais que vintenárias deste Tribunal e dos Tribunais de origem.⁸³

Assim, não restam dúvidas sobre a importância da fusão cognitiva entre uma ação coletiva e incidentes de produção de precedentes vinculantes. E que, em interpretação teleológica, devem todos os processos serem suspensos a fim de aguardarem a decisão

⁸³ STJ, 2ª Seção, Resp. 1.189.679/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 24.11.2020, DJE de 17.12.2010. E continuou em seu voto-vista, *verbis*: “Não se olvide que da conversão nenhum prejuízo resulta para o acionado, pois, no âmbito do processo de execução, terão os acionados toda a possibilidade de sustentar eventual contrariedade ao direito alegado, por intermédio de Embargos de Devedor, que instauram, na conhecida doutrina de LIEBMAN trazida há décadas à legislação positiva brasileira, objeções de mérito, precedidas de preliminares possíveis, lembrando-se, ademais, que o âmbito da causa de pedir nos Embargos do Devedor de há muito alargou-se, de forma a neles se admitirem as mais diversas alegações de contrariedade – isso para não se falar da admissão da própria Exceção de Pré-Executividade, já inserida, também, no próprio Direito Processual positivo. 5.- Assim, o processamento dos processos individuais como processos de conhecimento, com toda a tramitação de cada um, subindo todas as instâncias até este Tribunal, para se chegar, ao cabo de longo e demorado calvário, exatamente ao julgamento que ora já se tem, seria exercício de irrealismo judiciário, vazio de substância concreta, nutrido tão somente do apaixonante fascínio pela construção teórica, que cumpre, a todo o custo, evitar.”

coletiva no processo coletivizado, que trará um inegável efeito expansivo subjetivo *direto* no direito material das partes.

É um efeito que não se verifica nem nos sistemas do exterior: a causa coletiva é julgada procedente, transita em julgado e transforma todos os processos de conhecimento em execução, não importa o estágio em que se encontrem.

4.2.7 O Dever Legal dos Tribunais em Manter a sua Jurisprudência Estável, Íntegra e Coerente

Após analisar os aspectos teóricos dos precedentes vinculantes, cumpre agora descer aos detalhes do CPC sobre que papel estes precedentes terão no direito brasileiro, qual a sua função e qual o seu posicionamento dentro da teoria geral do direito. De acordo com o artigo 926 do CPC, *litteris*: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”

A *priori*, cumpre ressaltar que alguns processualistas criticaram o termo “jurisprudência” do artigo, afirmando que deveria haver o termo “precedente”. Discordamos dessa crítica pelo fato de que o precedente deve ser compreendido como uma espécie de decisão inicial que pode ser vinculante ou não; não há como se manter estável um precedente em si mesmo considerado porquanto ele decide apenas um caso do passado e vira referência para os casos futuros; quem deve coerência são os julgados *a posteriori* em face do precedente produzido.

O que se deve manter íntegra, estável e coerente é a jurisprudência firmada, entendida esta como um conjunto de decisões judiciais que, ao interpretar determinado dispositivo em face do substrato fático do processo, aplicam uma mesma linha de raciocínio. Ou, em outras palavras: o que inicia uma jurisprudência é um precedente, que pode ser vinculante ou não. No caso do artigo supracitado, a determinação de integridade, estabilidade e coerência serve tanto para as jurisprudências firmadas em precedentes vinculantes como também para os persuasivos. De outro turno, o artigo 927 cria também a obediência hierárquica aos precedentes vinculantes, determinando que os juízes e os tribunais observem as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, os acórdãos em IRDR ou IAC e recursos repetitivos, os enunciados das súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

A importância deste artigo reside no fato de que a jurisprudência sempre teve uma série de funções no direito. Conforme anota Rodolfo de Camargo Mancuso e Limongi França, são cinco as funções específicas da jurisprudência:

- a) interpretar a lei: a lei é um preceito geral e, como tal, há de ser interpretada por seu aplicador;
- b) vivificar a lei. Uma vez posta em vigor, a lei passa a integrar um sistema jurídico e nesse contexto ela há de ser interpretada em suas relações com as outras leis do mesmo sistema (nesse ponto, em evolução interpretacional, Cláudia Lima Marques leciona sobre a teoria do diálogo das fontes)⁸⁴;
- c) humanizar a lei. Tal função é uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, fundador de nossa República; logo, é ele o princípio maior que ilumina todo o ordenamento brasileiro e deve ser levado em consideração na interpretação judicial⁸⁵. De outro turno, afirma Mancuso que ao magistrado incumbe, na aplicação

⁸⁴ Segundo a autora, “Em outras palavras, nesta visão “perfeita” ou “moderna”, teríamos a “tese (lei antiga), a “antítese (lei nova) e a consequente síntese (a revogação), a trazer clareza e certeza ao sistema (jurídico). Os critérios para resolver os conflitos de lei no tempo seriam assim apenas três – anterioridade, especialidade e hierarquia -, a priorizar-se, segundo Bobbio, a hierarquia. A doutrina atualizada, porém, está à procura hoje mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema) do que da exclusão. É a denominada “coerência derivada ou restaurada (*cohérence dérivée ou restaurée*), que, em um momento posterior à decodificação, à tópica e à micro-recodificação, procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso sistema contemporâneo, a evitar a “antinomia”, a “incompatibilidade” ou a “não-coerência”. [...] Na belíssima expressão de Erik Jayme, é o atual e necessário “diálogo das fontes” (*dialogue des sources*), a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. “Diálogo” porque há influências recíprocas, “diálogo” porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis-modelos), ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes). (MARQUES : 2011, p. 26, 27).

⁸⁵ O princípio da dignidade da pessoa humana se constitui no núcleo central e indissociável de todos os demais direitos subjetivos, estejam eles constitucionalizados como direitos fundamentais ou subsistam no plano da legislação infraconstitucional. Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 120-121), neste sentido, leciona que “É justamente neste contexto que o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ocupar lugar de destaque, notadamente pelo fato de que, ao menos para alguns, o conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ou pela circunstância de – mesmo não aceita tal identificação – se considerar que pelo menos (e sempre) o conteúdo em dignidade da pessoa em cada direito fundamental encontra-se imune a restrições.” A impossibilidade de restrições dos direitos subjetivos fundados diretamente na dignidade da pessoa humana é, portanto, uma das características de nossa Constituição. Para Luís Roberto Barroso (2009, p. 584): “A dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. O desrespeito a este princípio terá sido um dos estigmas do século que se encerrou e a luta por sua afirmação um símbolo do novo tempo.” O princípio da dignidade da pessoa humana, por vezes, é confundido como sendo um direito de qualquer pessoa que esteja em território nacional. Ao lado da soberania e da cidadania, o princípio da dignidade da pessoa humana vai muito além de um mero direito constitucional: ele é um dos três princípios fundadores da República brasileira. Neste sentido, Luiz Edson Fachin (FACHIN, RUZYK, 2011, p. 307) afirma que “trata-se de reconhecimento pelo direito de uma

da lei ao caso concreto, sem desvirtuar-lhe as feições, “arredondar as suas arestas, e, sem torcer-lhe a direção, adaptar a rigidez do seu mandamento às anfractuosidades naturais de cada espécie” (MANCUSO, 2010, p. 58);

- d) complementar a lei. Mesmo nas hipóteses de lacuna, não pode o julgador se afastar da série de balizas impostas pelo ordenamento jurídico, como a analogia, o costume e os princípios gerais do direito;
- e) rejuvenescer a lei. O autor reconhece à jurisprudência a função de, “sem perder de vista a essência do preceito, ir adaptando-o à realidade cotidiana” (MANCUSO, 2010, p. 58).

O grande desafio deste artigo em especial é, exatamente, procurar distinguir os seus termos “estável, íntegra e coerente”, sem confundi-los e sem a necessidade de incluí-los dentro do conceito de um de seus integrantes.

Para Lenio Streck:

O processo civil quando observa a integridade e coerência no seu desenvolvimento, deve ser associado a um verdadeiro jogo limpo. Nessa perspectiva, a “integridade quer dizer: tratar a todos do mesmo modo e fazer da aplicação do direito um “jogo limpo” (*fairness* – que também quer dizer tratar todos os casos equanimemente). Exigir coerência e integridade quer dizer que o aplicador não pode dar o drible da vaca hermenêutica na causa ou no recurso, do tipo “seguindo minha consciência, decido de outro modo”. O julgador não pode tirar da manga do colete um argumento que seja incoerente com aquilo que antes se decidiu. Também o julgador não pode querer quebrar a cadeia discursiva “porque quer” (ou porque sim).”
Com efeito, o genuíno precedente do *common law* dinamiza o sistema jurídico, na medida em que ele é tanto o ponto de início do debate do caso concreto quanto o embasamento para a solução do caso concreto. Para que os provimentos vinculantes do CPC não engessem o sistema jurídico, sua interpretação e aplicação não pode ser mecânica e subsuntiva, pelo contrário elas têm que levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e a fundamentação que o embasaram. [...] As novas decisões que utilizarão como base um ou mais de um dos provimentos vinculantes do art. 927 não são frutos de silogismo. Pelo contrário, elas também constituem atos hermenêuticos. (STRECK; ABBOD, 2015, p. 179-180)

Não se deve deixar de considerar, também, que uma eventual afronta ao artigo 927 do CPC implica em uma perda de confiança no Poder Judiciário, pois este perde em credibilidade, legitimidade e confiança da sociedade (DE PINHO; RODRIGUES, 2017, p. 282). Além disso, a perda da segurança jurídica em um dado ordenamento pode implicar, também, na perda de investimentos, tanto nacionais quanto estrangeiros, posto que um dos principais aspectos analisados por quaisquer investidores é a segurança jurídica das regras do jogo. De acordo com Luciana Gross Cunha e na esteira das pesquisas de Armando Castelar,

dimensão inerente a toda pessoa humana que antecede – como princípio simultaneamente lógico e ético – o próprio ordenamento jurídico”.

O Judiciário brasileiro tende a decidir não com o objetivo de cumprir as previsões contratuais, mas a partir de um ‘viés anticredor’, que, por sua vez, afetaria a previsibilidade do sistema. Assim é que a ausência de regras estáveis e claras e a falta de previsibilidade da interpretação do Judiciário das regras do jogo faz com que os riscos sejam maiores e, portanto, seja maior o custo das transações econômicas, o que afasta os investidores. Sem investimento o desenvolvimento é inviabilizado. (CUNHA, 2007, p. 134,135).

Como forma de otimizar o estudo do tema – tendo em vista que os artigos 926 e 927 do CPC são centrais no estudo dos precedentes no sistema processual brasileiro – deve-se isolar cada um dos termos (integridade, estabilidade e coerência) para uma melhor análise.

4.2.7.1 Jurisprudência Íntegra

Um dos grandes desafios iniciais no que tange à jurisprudência é a compreensão do que seja o seu conceito de integridade. Na linguagem popular, quando se menciona que algo é submetido a uma série de eventos externos perturbadores da estabilidade e este mesmo objeto passa sem maiores problemas, normalmente se atesta que o objeto passou íntegro. Na parte do caráter de uma pessoa, diz-se que a mesma é “íntegra” quando, apesar de várias ofertas ilícitas, a pessoa permanece fiel aos seus princípios e dele não se desvia.

No campo do direito, a teoria da decisão judicial não refuta a ideia da possibilidade de mais de uma resposta correta do ponto de vista jurídico, defendendo a discricionariedade do juiz para atingir aquela que ele entenderia ser a melhor aplicável ao caso. Entretanto, a teoria aponta para

[...] a pertinência da formação de consenso e convergência de entendimento sobre questões correlatas, o que pode ser otimizado por meio da delimitação e observância a critérios direcionadores da decisão judicial. Com relação ao processo de obtenção da resposta correta, é necessário que se observe um princípio superior e independente, segundo doutrina de Dworkin, o princípio da integridade. Considerando o referido princípio da integridade aplicado às deliberações judiciais, tem-se que a decisão judicial deve ser determinada por princípios, não por acordos ou estratégias políticas. O juiz deve, verticalmente, demonstrar sua coerência com os precedentes e as estruturas do arranjo constitucional e, horizontalmente, aplicar um princípio, dando importância a ele nos outros casos em que decide ou endossa, como forma de prestigiar a segurança jurídica e a igualdade de tratamento de casos análogos. (WELSCH, 2016, p. 130-131)

Para Dworkin,

O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada – expressando uma concepção

coerente de justiça e equidade. Elaboramos nossa terceira concepção do direito, nossa terceira perspectiva sobre quais são os direitos e deveres que decorrem de decisões políticas anteriores, ao reafirmarmos essa orientação como uma tese sobre os fundamentos do direito. Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

[...]

O direito como integridade é, portanto, mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo. Essas últimas teorias se oferecem como interpretações. São concepções de direito que pretendem mostrar nossas práticas jurídicas sob sua melhor luz, e recomendam, em suas conclusões pós-interpretativas, estilos ou programas diferentes de deliberação judicial.

[...]

O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingencialmente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda. (DWORKIN, 1999, p. 272-273)

Dworkin parte do pressuposto que é através dos princípios que o sistema se fundamenta; entretanto, o somatório de princípio com uma desnecessidade de seguir os precedentes judiciais, como se o fez à luz do CPC/73, levou o nosso judiciário a uma jurisprudencialização lotérica. Como bem adverte Eros Grau,

Os juízes despedaçam a segurança jurídica quando abusam do uso de princípios e praticam- fazem-no cotidianamente! – os controles da proporcionalidade e da razoabilidade das leis. Insisto neste ponto: juízes não podem decidir subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça. Estão vinculados pelo dever de aplicar o direito (a Constituição e as leis). Enquanto a jurisprudência do STF estiver fundada na ponderação entre princípios – isto é, na arbitrária formulação de juízos de valor -, a segurança jurídica está sendo despedaçada! (GRAU, 2013, p. 22).

No mesmo sentido, Marcelo Neves faz importante crítica à inserção não sistemática dos princípios na jurisdição constitucional brasileira:

Na jurisdição constitucional brasileira, problema persistente em relação ao manuseio dos princípios constitucionais, da técnica da proporcionalidade e do modelo de ponderação, assim como também ao emprego de outras estratégias argumentativas, reside no fato de que a decisão e os argumentos utilizados para fundamentá-las tendem a limitar-se ao caso concreto *sub judice*, mas não oferecem critérios para que se reduza o “valor surpresa” das decisões de futuros casos em que haja identidade jurídica dos fatos subjacentes. Dessa maneira, começa a história, novamente, a cada caso, ao sabor das novidades metodológicas e doutrinárias.

[...]

Essas observações conceituais têm um significado muito relevante para o caso brasileiro. Não só no que diz respeito à questão dos princípios e da ponderação entre eles, há um estilo *ad hoc* de argumentar na jurisprudência constitucional brasileira. Mas a principiologia e o modelo de sopesamento, se adotados de forma muito maleável e tecnicamente imprecisa, atuam como um estimulante de um “casuismo”

descomprometido com a força normativa da constituição e a autoconsistência constitucional do sistema jurídico. A ponderação *ad hoc* concentra-se nos efeitos de curto prazo ou imediatos, “negligenciando os de longo prazo”. Nesse contexto de maleabilidade e imediatismo, o domínio dos particularismos eventuais pode invadir, com mais facilidade, o processo de concretização e minar, caso a caso, a ordem constitucional. Isso não significa que se possa atribuir esse problema simplesmente à intencionalidade específica dos respectivos magistrados ou órgãos que participam do processo, a uma postura subjetiva orientada para a erosão da Constituição, pois se trata de uma conexão complexa de ações e comunicações em estruturas organizacionais e institucionais deficientes. Entretanto, uma reflexão teórica e doutrinária adequada desse problema pode servir para detectar falhas e apontar alternativas, contribuindo para o desenvolvimento e aperfeiçoamento de uma prática judicial mais consistente e adequada em matéria constitucional. Assim como a prática jurídico-constitucional condiciona a sua reconstrução jurídico-dogmática e jurídico-teórica, esta influencia aquela, sendo fundamental para o seu aprimoramento. (NEVES, 2013, p. 201-202)

Esta visão de integridade do direito com base nos princípios, à luz da teoria de Dworkin, é, ao nosso sentir, hermeticamente fechada. Ela se justifica como se o sistema jurídico não tivesse interação com outros sistemas sociais – e como se as decisões do direito não adentrassem no meio ambiente e produzissem alterações, gerando novas demandas a serem decididas novamente pelo Judiciário. O direito, para ser entendido como continuidade e como origem de todas as soluções jurídicas, não passa por uma análise social mais profunda. A integralidade, como conceito jurídico que adjetiva a jurisprudência no CPC, não tem a haver com estabilidade, nem com coerência e, sobretudo, com princípios. Tem a haver com a teoria sistêmica.

A ideia de uma ordem judicial advinda de um sistema jurídico íntegro implica que a sentença do juiz “não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa do conjunto. [...] É por isso que existe segurança jurídica em um estado de direito, ou seja, podemos ter uma ideia daquilo com que estamos à volta” (GADAMER, 2012, p. 433).

Sob a égide do CPC/73 somada à equivocada aplicação da teoria principiológica de Dworkin, o Brasil viveu a experiência da “jurisprudência líquida”⁸⁶, em que as *ratio decidendi* eram temporárias, passageiras, válidas apenas até um novo julgamento importante. Importamos a nomenclatura “líquida” de Bauman em seu livro “Modernidade Líquida”. A liquidez por ele definida da sociedade em muito se assemelha ao fenômeno da liquidez das decisões judiciais proferidas ao sabor dos ventos, mostrando a fragilidade do sistema jurídico:

Fluidez é a qualidade de líquidos e gases. O que os distingue dos sólidos, como a Enciclopédia Britânica, com a autoridade que tem, nos informa, é que eles ‘não podem suportar uma força tangencial ou deformante quando imóveis’ e assim ‘sofrem uma constante mudança de forma quando submetidos a tal tensão. Essa contínua e irrecuperável mudança de posição de uma parte material em relação a outra parte

quando sob pressão deformante constitui o fluxo, propriedade característica dos fluidos. Em contraste, as forças deformantes num sólido torcido ou flexionado se mantêm, o sólido não sofre o fluxo e pode voltar à sua forma original (BAUMANN, 2001, p. 7).

Estas forças deformadoras narradas por Bauman são, para os sistemas sociais, as irritações sistêmicas de Luhman ou os *inputs* de David Easton. Jurisprudência líquida, portanto, é o reverso de jurisprudência íntegra.

No CPC/73, não havia uma jurisprudência íntegra; havia, isto sim, uma jurisprudência líquida, no sentido de que as decisões eram mantidas em um arranjo desordenado que atingia pouca extensão com reais influências jurídicas. Os precedentes serviam apenas para amoldar este ou aquele discurso. A distinção para um sistema de jurisprudência íntegro é, exatamente, a liga interna que o une: a resistência que o sistema põe à separação desconexa das decisões judiciais.

Percebe-se que o conceito de integridade das decisões judiciais tem a haver muito mais com o sistema jurídico como um todo. Ao determinar que a jurisprudência seja íntegra, o CPC determina que o sistema jurídico seja um bloco íntegro, tendo em vista que a jurisprudência é produto de maior valor do centro decisório do direito. Suas fronteiras entre o lícito e o ilícito perante a jurisprudência, apesar de não materializada, tem que estar nítidas e não podem se perder em movimentos constantes e desuniformes ao bel sabor das causas de plantão.

Retornando a Baumann, “o que todas essas características dos fluidos mostram, em linguagem simples, é que os líquidos, diferentemente dos sólidos, não mantêm sua forma com facilidade. Os fluidos, por assim dizer, não fixam o espaço nem prendem o tempo” (BAUMANN, 2001, p. 8). A integridade da jurisprudência, ao nosso sentir, também tem a haver com o conceito de forma de Baumann e do matemático Spencer Brown, sendo este último uma das bases da teoria sistêmica de Luhmann. Para Luhmann, para que um dado sistema jurídico exista, é necessário que ele se distinga dos demais sistemas sociais (político, econômico, religioso, dentre outros). Esta distinção é realizada através do conceito de forma, que, conforme preceituam os matemáticos (Spencer Brown), não é necessário que ela seja materializada. O que está dentro desta forma é sistema; o que está fora, é meio ambiente, que apenas penetra no sistema através dos acoplamentos estruturais, já que os sistemas são cognitivamente abertos e, sobretudo, operacionalmente fechados. Somente serão aceitas as irritações externas (provenientes do meio ambiente) que o sistema permitir e o processamento destas irritações se dará apenas e tão somente através dos códigos internos sistêmicos.

Lenio Streck – adepto da corrente de Dworkin – afirma que “haverá coerência se os mesmos princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos”, enquanto “a integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e direito a um tratamento equânime na correta proporção” (STRECK, 2013, pp. 335-339). Observa-se que o próprio Streck afirma que o conceito de integridade tem ligação com o conceito de sistema.

Assim, entendo que a integridade das decisões judiciais diz mais do que a doutrina está interpretando atualmente. Ela vai muito além: as interferências externas não devem ter o condão de interferir no sistema judicial se não o for através de sua operacionalidade interna própria; caso contrário, haverá corrupção sistêmica. Corrupção sistêmica não tem a haver com o termo cotidiano “corrupção”, mas sim a imposição de operações de outros sistemas (externos) para resolver os problemas que o direito (internamente) haveria de enfrentar. Seria o caso, por exemplo, em que a política assume o direito e decide pelo direito em última análise.

Corrupção sistêmica também tem a haver com o conceito de *due process of law*, o que, infelizmente, não seria tão raro de observar nas oscilações de nossas decisões judiciais. Cito um caso hipotético de um precedente vinculante elaborado pelo STJ, através do devido processo legal, ser revogado monocraticamente por um Ministro do STF via recurso extraordinário⁸⁷. Essa integralidade tem muito a haver, sobretudo, com o devido processo

⁸⁷ André Trindade cita interessante caso envolvendo um ministro do STF e a jurisprudência dominante do STJ: “Em 2014, mais precisamente em maio, publiquei uma coluna no Conjur – intitulada diário de classe: ‘O dia em que o romance em cadeia virou cadeia sem romance’ – na qual abordava o problema da coerência e da integridade no Direito. Para tanto, utilizei o exemplo da decisão do Ministro Joaquim Barbosa, à época Presidente do STF, que indeferiu o pedido de autorização para trabalho externo formulado pela defesa de José Dirceu e outros condenados na AP 470, contrariando jurisprudência consolidada no STJ há mais de dez anos. Com o intuito de fundamentar a sua decisão, o Ministro Joaquim Barbosa trouxe à colação duas ementas – uma delas de 1998 e outra de 1991 –, a fim de sustentar que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça já caminhou em sentido contrário. Ocorre que, para defender sua posição, o Ministro não apresentou qualquer argumentação. Simplesmente deixou de enfrentar a jurisprudência existente sobre a questão, invocando um precedente isolado do Ministro Eros Grau (HC 86.199/SP, de 2006) – que remete ao caso PC Farias (HC 72.565/AL, de 1995) – em que se afirma apenas que o art. 37 da LEP deve ser aplicado em sua integralidade. E isso é tudo. Na ocasião, com a finalidade de discutir o modo de produção das decisões judiciais – tomadas como se fossem as primeiras, isto é, negando toda e qualquer tradição precedente – questionei: ‘É possível um tribunal revisar entendimento consolidado na jurisprudência? Sim. Na *common law*, os juristas americanos chamam isso de *overruling*. Tal operação, entretanto, jamais poderá ser realizada, monocraticamente, sem que se justifiquem as razões que tornaram os precedentes anacrônicos e/ou insustentáveis. Em outras palavras, toda mudança deve ser fundamentada, de modo responsável, sobretudo em face dos efeitos que pode ensejar’. Dois dias depois, o renomado Eros Grau publicou artigo na ConJur, intitulado ‘Decisão de Ministro do STF não está vinculada à jurisprudência do STJ’, rebatendo fortemente a minha crítica: ‘Quem a subscreve parte da suposição que a jurisprudência do STJ vincula as decisões monocráticas dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Suposição imperdoável em quem tenha frequentando, algum dia, algum curso de Direito. De resto, a má leitura e Dworkin – que lastimavelmente nos deixou há um ano e três meses – não justifica indelicadezas intelectuais’. Na semana

legal: é ele quem empurra a integralidade ao sistema. No caso citado, um Ministro de Corte Superior jamais poderia, monocraticamente, dar provimento a recurso oriundo de precedente vinculante “porque quis” sem submetê-lo à operacionalidade interna do *overruling* também em seu tribunal, ou seja, há a necessidade de procedimentalizar a abertura cognitiva (chamamento dos *amicus curiae* e demais interessados) para o processamento através da operacionalidade fechada do sistema (julgamento conforme as regras de precedentes vinculantes), exceto, claro, em eventual hipótese de efeito cautelar para sustar os efeitos da decisão (que, conforme será visto, já chega com efeito suspensivo automático do recurso) ou, fundado na orientação já firmada em precedente vinculante da corte (não podendo se ancorar em precedente meramente persuasivo), dar provimento monocrático ao recurso.

A integralidade da jurisprudência tem a haver com a própria integralidade do direito. Ela deve formar o bloco jurídico do centro decisório, com uma “forma” identificada que a separa do seu meio ambiente. O sistema jurídico recebe suas influências, mas a processa de acordo com os seus códigos internos. Os juízes decidem seus casos difíceis através de sistemas próprios do direito, não mais sob o fundamento de que ele é um entre 15 mil juízes, mas sim que estes 15 mil juízes possuem um procedimento padronizado para a resolução dos conflitos – e este procedimento estará sujeito a diversos tipos de pressões, mas que estas pressões serão digeridas segundo as operações internas do sistema jurídico. Ele pode alterar alguns de seus pilares, mas será alteração *spont propria* e não através de uma imposição. Ao exercitar a sua independência dos outros subsistemas sociais e fixar os seus limites, o direito jurisprudencial exercita a sua integridade.

4.2.7.2 Jurisprudência Estável

Conforme diversos autores mencionam, a estabilidade jurisprudencial, por implicar (em tese) em decisões uniformes e padronizadas, aumenta a produtividade judicial (OLIVEIRA, 2016, p. 61) e a segurança jurídica de um ordenamento. Outros autores

seguinte, na mesma coluna *Diário de Classe*, Rafael Tomaz de Oliveira retomou a polêmica acerca da integridade do Direito, esclarecendo que a discussão não tinha a ver com a impossibilidade de um ministro do STF conferir interpretação divergente para o caso: ‘para isso, imaginava eu, seria necessário que fosse enfrentado e explicado, na fundamentação da decisão, o argumento de que não haveria quebra da igualdade de tratamento e respeito com a modificação efetuada. Nessa minha imaginação, pensava que o Poder Judiciário brasileiro fosse um só. Com a ênfase de que um de seus órgãos tem a última palavra sobre a legislação federal e, o outro, sobre a Constituição Federal. Assim, se um réu que tem seu caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça recebe um tratamento do Poder Judiciário; um outro réu, em matéria idêntica, que tem seu caso inserido no âmbito de competências do Supremo Tribunal Federal, não poderia, a princípio, receber outro. A menos que houvesse algum argumento que pudesse justificar, sem perder a necessária coerência decisória que o Poder Judiciário deve expressar, a diferença de tratamento que se pretende conferir’. (TRINDADE : 2016, p. 32-33).

mencionam que a estabilidade como sendo o “dever de seguir os próprios precedentes, a presunção a favor dos precedentes já estabelecidos pelo tribunal, resultante da vinculação horizontal, ou seja, do *stare decisis*” (ZANETI JR; COPETTI NETO, 2016, p. 135). Entrementes, entendemos que a estabilidade não pode ser encarada apenas como uma mera repetição de julgamentos e bases decisórias anteriores para a expansão dos precedentes; ela tem a haver, também, com a relativa rigidez com que os precedentes são revistos em um dado devido processo legal.

Uma jurisprudência será considerada estável se ela for cotidianamente aplicada e possuir mecanismos relativamente protetivos para a sua aplicação e rígidos para sua alteração, não podendo ser alterada ao bel talante do julgador. A resposta correta, feita através do centro decisório do sistema jurídico, está ligada ao esforço em descobrir os direitos relativos às partes, em oposição à ideia de inventá-los. Por outro lado, a decisão também deve se legitimar através do enfrentamento dos argumentos levantados pelas partes. No caso, o artigo 489 do CPC é um dos elementos que atuam na estabilidade da jurisprudência:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Conforme se observa na leitura do artigo supra, o novo CPC quebra a sistemática de se inserir precedentes sem motivo aparente; ele vai além: exige, de um lado, a estabilidade das decisões, tendo em vista que a obediência aos precedentes vinculantes anteriores é patente; e de outro lado exige coerência nos provimentos jurisdicionais em função do que está sendo decidido com o que foi efetivamente decidido anteriormente. “Não se trata da legitimação legislativa das simplificações e dos atalhos hermenêuticos consagrados no hábito dogmático” (MOTTA; RAMIRES, 2016, p. 103-104). A escalação dos precedentes pelo magistrado deve guardar estabilidade e coerência com os julgados anteriores.

Ao mencionar que a decisão não se considera fundamentada, de forma objetiva, o CPC termina por atrair a incidência de norma constitucional que aduz serem nulas todas as decisões judiciais não fundamentadas (art. 93, IX). Ou seja: seguir um precedente cuja *ratio*

decidendi não seja aplicável ou deixar de aplicar precedente invocado pela parte, sem justificar, é causa de nulidade do provimento judicial, demonstrando que, ao menos no campo legislativo, há um controle rígido do sistema de precedentes nas decisões judiciais.

4.2.7.3 O Conceito de Coerência Jurisprudencial e o Conflito entre Coerência Material versus Coerência Processual

Uma decisão judicial é coerente com o centro do sistema decisório se a mesma corresponde a uma aplicação de um precedente vinculante ou a sua evolução interpretativa. “Coerência implica investigar se a jurisprudência guarda acordo com as decisões do passado no sentido lógico-formal (não contradição, principalmente)” (OLIVEIRA, 2016, p. 61).

No sistema brasileiro vigente sob o manto do CPC/73, tal coerência era aparentemente mantida com a citação, no corpo da decisão, de precedentes que adotaram a mesma linha de fundamentação da decisão presente. Muito embora nossa tradição não aplicava a sistemática do *stare decisis*, os juristas brasileiros – quer sejam advogados, magistrados, promotores – sempre procuravam justificar seu posicionamento em precedentes.

O grande problema é que estes precedentes não possuíam uma “liga” que os unificasse. Com decisões para todos os lados⁸⁸ (é relativamente comum no Brasil alguém apresentar um precedente como supedâneo de sua argumentação e seu opositor informar que decisões judiciais se encontram de todo tipo), ficou relativamente comum no sistema brasileiro uma escolha arbitrária de precedentes antagônicos:

Com efeito, é antiga a crítica da doutrina brasileira contra o comodismo das fundamentações de posições jurídicas que apenas repetem irrefletidamente os repositórios de jurisprudência. Além disso, não são raras as argumentações que simplesmente afirmam a preferência do argumento por uma das soluções possíveis, sem se preocupar com as razões que a neguem. Os dois fenômenos são evidentemente interdependentes e retroalimentados, uma vez que a ausência de coerência e integridade na aplicação do direito gera precedentes contraditórios entre si, que, por sua vez, “autorizam” o intérprete a “imitar” a solução jurisprudencial que melhor lhe aprouver, segundo o seu próprio *confirmation bias*. A causa dessas

⁸⁸ Rafael Sirangelo de Abreu traz alguns exemplos de incoerência no STJ, tribunal que, em tese, deveria unificar a jurisprudência nacional em matéria federal: “a ordem jurídica estrutura-se na triste metáfora da ‘jurisprudência banana boat’. Um exemplo pode ilustrar a afirmação: o STJ tinha entendimento histórico de que a comprovação da existência de feriado local para fins de verificação da tempestividade de recurso deveria ocorrer no ato da interposição, sob pena de preclusão consumativa. Durante o ano de 2012, houve a modificação do entendimento, com base na alteração havida no DTF. Passou-se a aceitar a apresentação de documento comprobatório por ocasião da interposição do agravo regimental. A posição se consolidou com uma verdadeira superação do precedente. Entretanto, em agosto do ano posterior (2013), a 4ª T. do STJ proferiu decisão no sentido de impossibilidade de suprimimento do vício, pela preclusão consumativa (revigorando o ‘precedente’ há mais de um ano revogado). É curioso verificar que, justamente no mesmo dia, a 3ª T. do mesmo tribunal julgou três recursos versando sobre matéria idêntica, mantendo a posição então consolidada, no sentido da viabilidade da comprovação posterior. Ou seja, no mesmo dia, em salas vizinhas, julgou-se a mesma questão (aliás, já pacificada) de duas formas diferentes.” (ABREU : 2015, p. 236-237).

distorções também é comum: a objetificação da interpretação jurídica, que possibilita ao intérprete sentir-se desonerado de maiores responsabilidades na atribuição de sentido, podendo colocar no legislador ou nos julgadores de superior instância (elaboradores da jurisprudência) o ônus das anomalias do Direito: “esfumaça-se, pois, a ética no discurso jurídico”. (MOTTA; RAMIRES, 2016, p. 103).

A ideia da *confirmation bias* – muito comum no sistema jurisdicional brasileiro –, em várias circunstâncias, pode ser contrária à ideia de coerência jurisprudencial. Este comportamento é comum quando um pesquisador – ou um julgador – já possui uma conclusão desejada em mente e, por esta razão, apenas junta argumentos favoráveis à sua conclusão. Seria como se ele estivesse diante do espelho e vendo apenas o que o seu desejo quer que ele veja (ELLIS JR, 2015, p. 51)⁸⁹. No campo do direito, há uma distorção do raciocínio jurídico, levando em conta aquilo que confirma a tese e negligenciando o que não é favorável.

Noberto Bobbio, citando Del Vecchio, afirmou que:

Lemos no ensaio de Del Vecchio, *sobre a estatalidade no direito*, esse trecho: “Cada proposição jurídica em particular, mesmo podendo ser considerada também em si mesma, na sua abstratividade, tende naturalmente a se constituir em sistema. A necessidade da coerência lógica leva a aproximar aquelas que são compatíveis ou respectivamente complementares entre si, e a eliminar as contraditórias ou incompatíveis. A vontade, que é uma lógica viva, não pode desenvolver-se também no campo do direito, a não ser que ligue as suas afirmações, à guisa de reduzi-las a um todo harmônico”. Perassi, em sua *Introdução às ciências jurídicas*: “As normas, que entram para constituir um ordenamento, não ficam isoladas, mas tornam-se parte de um sistema, uma vez que certos princípios agem como ligações, pelas quais as normas são mantidas juntas de maneira a constituir um bloco sistemático” (BOBBIO, 1999, p.75)

A coerência, para Bobbio, “não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento” (BOBBIO, 1999, p. 113).

O artigo 489 do CPC impõe o respeito à coerência do direito, impedindo o juiz de colar precedentes isolados em sua fundamentação. A pesquisa feita pelo juiz no que tange aos precedentes deve guardar um quadro de coerência nos julgados. Deve o juiz separar o que vem a ser realmente precedente de decisões isoladas. Para Mancuso,

É nesse campo – da desejável e necessária certeza jurídica – que a jurisprudência, sobretudo a dominante e a sumulada, pode desempenhar relevantíssimo papel.

⁸⁹ No original: “Confirmation bias results when a researcher starts the investigation with a desired conclusion in mind, then looks for and reports only the data supporting the a priori conclusion. Confirmation bias is the view of the beholder standing before the mirror of Erised and seeing only what his or her heart most deeply desires.”

Sendo a jurisprudência uma coleção, organizada e harmônica, do produto final da atividade precípua dos Tribunais, compreende-se que ela seja *imane*nte ao próprio Direito *como experiência*, aparecendo como sua revelação concreta, num processo judicial. Nessa óptica, a jurisprudência é a parte tangível do Direito, sua realização na ordem prática, operada pelo braço judiciário do Estado. Compreende-se, pois, a relevância que, gradativamente, vai ganhando a jurisprudência (e o seu corolário – a necessidade de sua uniformização), mesmo nos países de *civil law*, como o nosso, onde o primado repousa na norma escrita. (MANCUSO, 2010, p. 54).

Nesse ponto, cumpre ressaltar que a coerência no direito é distinta da coerência na política. Conforme lecionam Vera Karam de Chueiri e Joanna Maria de Araújo Sampaio, os legisladores,

[...] possuem pouca exigência quanto à coerência dos argumentos de política, nem uma necessidade de justificar sua atuação de acordo com a atuação de outros legisladores, pois não existe uma exigência de equidade no atendimento de metas coletivas. O governo pode servir a metas diferentes de maneira gradativa e ocasional. De maneira diferente, o juiz dificilmente irá demonstrar independência em relação às demais decisões, ele normalmente irá buscar coerência entre a sua decisão e as decisões anteriores. A força gravitacional do precedente se dá devido à equidade, em tratar os casos semelhantes da mesma maneira. O precedente não se limita pela forma linguística que ele contém e sim à extensão dos seus argumentos de princípio – uma decisão anterior baseada num argumento de política não possui força gravitacional alguma.

Não basta que Hércules utilize um precedente análogo ao caso que seja embasado num argumento de princípio. Hércules deve descobrir um esquema de princípios que se ajusta não só ao precedente específico, mas a todas as outras decisões da sua jurisdição e às decisões constitucionais e legislativas. Isso deve ocorrer, pois apesar do direito não ser uma teia íntegra de decisões, o demandante tem o direito a que um juiz o trate como se assim fosse.

A justificação deve abranger tanto a ordenação vertical (que nos estados Unidos seria: a estrutura constitucional, as decisões da Suprema Corte, as leis e as decisões dos tribunais), quanto a horizontal (que significa que as decisões de um nível devem ser consistentes com as outras decisões do mesmo nível).

Isso não impede que as convicções intelectuais e filosóficas do juiz não apareçam, mas elas não devem ter nenhuma força independente na justificação. (CHUEIRI; SAMPAIO, 2012, p. 385).

O conceito de coerência jurisprudencial ganha significado na visão de Dworking: imagine-se que a coerência jurisprudencial seja comparada a um romance, onde vários autores terão que escrevê-lo em cadeia. Apenas o primeiro terá a liberdade total de estipular o primeiro capítulo; os demais deverão seguir os personagens que já foram escritos antes e desenvolver o romance. Não podem negar a existência de personagens anteriores, não podem alterar a língua escrita, não podem “resetar” o que foi feito⁹⁰. Existe uma estrutura discursiva prévia e em evolução⁹¹. Para André Karam Trindade,

⁹⁰ “Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de

Observa-se, assim, que cada escritor, com exceção do primeiro, tem dupla responsabilidade: a de interpretar, visto que à história já escrita deve ser atribuído sentido, e a de criar, posto que a história deve prosseguir, com a decisão de quem são as personagens, quais as razões que as movem, qual o tema central até então desenvolvido, quais recursos literários ou figuras são capazes de contribuir para que a história tome uma ou outra direção etc. (TRINDADE, 2016, p. 24)

Passando essa linha de raciocínio para o direito, Dworkin ilustra a atividade interpretativa mediante três etapas:

- a) Pré-interpretativa, em que o intérprete identifica as regras e padrões que lhe fornecem o conteúdo empírico da prática;
- b) Interpretativa: na qual irá se concentrar numa justificativa geral para os principais elementos que foram extraídos da prática identificada no momento anterior;
- c) Pós-interpretativa: o intérprete irá ajustar a sua ideia daquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa (TRINDADE, 2016, p. 25).

Mais especificamente, Dworkin, dentro de sua teoria de princípios que regem um dado ordenamento jurídico, afirma que “coerência aqui significa, por certo, coerência na aplicação do princípio que se tomou por base, e não apenas na aplicação da regra específica anunciada em nome desse princípio.” (DWORKIN, 2002, p. 139). Para Francisco Motta e Maurício Ramires,

direito como integridade. O projeto literário fictício é fantástico, mas não irreconhecível. Na verdade, alguns romances foram escritos dessa maneira, ainda que com uma finalidade espúria, e certos jogos de salão para os fins de semana chuvosos nas casas de campo inglesas têm estrutura semelhante. As séries de televisão repetem por décadas os mesmos personagens e um mínimo de relação entre personagens e enredo, ainda que sejam escritas por diferentes grupos de autores e, inclusive, em semanas diferentes. Em nosso exemplo, contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível.” (DWORKIN : 1999, p. 276).

⁹¹ André Karan Trindade, citando Dworkin, define sua *chain novel*: “Na década de 1980, desenvolvendo melhor sua tese da única resposta correta, Dworkin alia à figura do juiz Hércules da metáfora do *romance em cadeia* (*chain novel*), a fim de ilustrar o processo de aprendizado social subjacente ao direito compreendido como prática interpretativa e que, marcado pela capacidade de corrigir a si mesmo, ocorre ao longo de uma história institucional, reconstruída de forma reflexiva à luz dos princípios de moralidade política e que a ela conferem sentido. Assim, analisando de que maneira o direito se assemelha à literatura, Dworkin recorre a uma sugestiva e elaborada imagem para descrever o romance em cadeia, de maneira que a interpretação do direito possa ser concebida como a extensão de uma história institucional que se desenvolve a partir de inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas. Segundo Dworkin, o processo interpretativo seria como um romance que não é escrito somente por um autor, mas, sim, por vários, de modo que cada um deles seja responsável pela redação de um capítulo separado – com exceção do primeiro, que será responsável por elaborar o capítulo inicial –, na medida em que deverá continuar a elaboração do romance a partir de onde seu antecessor parou. Os membros de tal comunidade deixam que a sorte estabeleça quem haverá de escrever o primeiro capítulo e, uma vez feito isso, o escritor o repassa ao próximo, destacando, contudo, que deverá acrescentar um capítulo à história, e não simplesmente começar uma nova, e assim sucessivamente” (TRINDADE : 2016, p. 23-24).

Esta preocupação, em Dworkin, vai bem além da noção profana de que, na medida do possível, ‘casos semelhantes devem ter respostas jurídicas semelhantes’. Seu ideal [...] é a preservação da igualdade, expressa na noção de que o Poder público (*government*) deve tratar aos seus cidadãos com igual consideração e respeito (*equal concern and respect*). Ou seja, não se trata apenas de repetir decisões iguais, mas de conectar as decisões a uma dimensão da moralidade. (MOTTA; RAMIRES :2016, p. 86).

A coerência, portanto, é um dos mais importantes atributos jurídicos que uma decisão judicial há de ter.

Um outro ponto que merece destaque é quando a mesma causa possa oferecer conflito entre uma eventual coerência de direito material com a de direito processual. Nesse ponto, divirjo – *data maxima venia* – de um caso citado por Georges Abboud em uma interpretação de um problema específico pelo STF. Eis o caso:

Exemplo de decisionismo consubstancia-se na decisão da Ministra Ellen Gracie no Agravo de Instrumento n.º 375.011 (Informativo STF/365), que dispensou o preenchimento do requisito do prequestionamento de um recurso extraordinário, sob o fundamento de dar efetividade ao posicionamento do STF sobre questão constitucional. No voto, o recurso extraordinário foi equiparado a um remédio de controle abstrato de constitucionalidade; assim, dispensou-se o prequestionamento para assegurar posicionamento do STF sobre a matéria.

Em suma, o voto passou por cima do requisito constitucional do prequestionamento, a pretexto de fazer prevalecer entendimento mais isonômico ao jurisdicionado. (ABBOUD, 2016, pp. 126-127).

No seu texto, Georges Abboud transcreve a decisão do STF da Ministra Ellen Gracie:

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões. Recordo a discussão que se travou na Medida Cautelar no RE 376.852, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.03.2003). Naquela ocasião, asseverou Sua Excelência o caráter objetivo que a evolução legislativa vem emprestando ao recurso extraordinário, como medida racionalizadora de efetiva prestação jurisdicional. Registro também importante decisão tomada no RE 298.694, rel. Ministro Pertence, por maioria, DJ 23.04.2004, quando o Plenário desta casa, a par de alterar antiga orientação quanto ao juízo de admissibilidade e de mérito do apelo extremo interposto pela alínea ‘a’ do permissivo constitucional, reconheceu a possibilidade de um recurso extraordinário ser julgado com base em fundamento diverso daquele em que se lastreou a Corte *a quo*. Esses julgados, segundo entendo, constituem um primeiro passo para a flexibilização do prequestionamento nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, com o fim de impedir a doção e soluções diferentes em relação à decisão

colegiada. É preciso valorizar a última palavra – em questões de direito – proferida por esta Casa. (ABBOUD, 2016, p. 126)

A decisão da Ministra Ellen Gracie – aplicando precedentes do próprio STF – é interessante sob o aspecto processual da supressão do requisito do prequestionamento quando a inconstitucionalidade do julgado *a quo* já tivesse sido decidida em plenário pelo STF.

Ao criticar essa decisão, Georges Abboud traz um outro voto, desta feita de uma decisão do STF da década de 60, oriunda do Ministro Victor Nunes no mesmo tema (admissibilidade do recurso extraordinário):

Se pudesse conhecer do recurso, dar-lhe-ia provimento, para prestigiar os votos vencidos, porque o acórdão não teve em conta a natureza do poder disciplinar.

[...]

Lamento que problemas tão sugestivos não tenham sido tratados, neste processo de modo a poderem transpor o liminar do recurso extraordinário. (ABBOUD, 2016, p. 127)

Ao final, o autor conclui que “a decisão da relatoria do Ministro Victor Nunes é a que mais se apresenta em conformidade com o dever de coerência e integridade” (ABBOUD, 2016, p. 131) porque, nesta perspectiva, o recorrente tem a expectativa legítima de que, se estiver preenchido o prequestionamento, o recurso será admitido; caso contrário, terá denegado o seu seguimento. E que o jogo limpo “não admite subjetivismo ou discricionariedade. Ou a diferença clara que existe entre o jogo da constituição e o jogo do Ministro” (ABBOUD, 2016, p. 128).

O caso é curioso porque oferece um plexo de argumentações para várias possibilidades. Imagine-se que um dado contribuinte estivesse sujeito a um tributo, que veio a ser julgado inconstitucional pelo pleno do STF. Por problemas do julgamento no tribunal local e de seus advogados, o contribuinte chega, via recurso extraordinário, sem o prequestionamento feito de forma adequada para combater a obrigação tributária. Para Abboud, o correto seria o recurso não ser conhecido por ausência de prequestionamento e o particular ficar sujeito ao pagamento do tributo, apesar do órgão máximo do STF tê-lo julgado inconstitucional. “Isso porque se prevalecer o entendimento contido no voto da Ministra Ellen Gracie, o ministro passará a escolher e não a decidir quais recursos ele pretende admitir ou não” (ABBOUD ; 132-133).

Aqui tem-se duas regras que devem ser sopesadas: uma, é a regra do direito processual constitucional, que prevê a necessidade do prequestionamento; a outra, é a regra do direito material constitucional, que prevê ser o tributo inconstitucional. Nesta situação, qual

regra deve-se dar aplicação em juízo de razoabilidade e proporcionalidade: a regra processual impeditiva de subida do recurso ou a regra de direito material?

Ao nosso ver, as regras processuais – incluindo o processo constitucional – servem para operacionalizar o produto do centro decisório do direito, que são as decisões tomadas. O princípio da coerência da jurisprudência tem por meta primeira atingir as decisões judiciais de mérito – elas são as mais importantes (tanto que o CPC informa que, se o juiz tiver dois caminhos, um meritório e um sem julgamento do mérito, deverá o juiz escolher o meritório). O processo serve para operacionalizar uma decisão de mérito. Logo, no conflito entre a coerência meritória *versus* coerência processual – e quando esta envolver questões cognitivas, como prequestionamento -, prevalecerá sempre a coerência meritória. Nesse ponto, a decisão do STF lavrada pela Ministra Ellen Gracie é a mais correta possível.

Indo além, o caso vertente, ao contrário do afirmado pelo autor, não daria “discrecionabilidade” ao ministro para decidir que recursos seriam conhecidos ou não; muito pelo contrário, percebe-se que a Ministra Ellen Gracie citou precedentes e o seu caso é um início de jurisprudência que afasta os requisitos do prequestionamento em uma dada situação especial (julgamento do mérito do tema pelo Pleno do STF). Não é, portanto, uma decisão desesistematizada. O problema, de fato, reside nas futuras decisões: para aplicar a coerência, todos os demais recursos onde a mesma *ratio decidendi* processual existir deverá ter o mesmo tratamento. Dessa forma, o sistema jurídico teria coerência em matéria de direito material e processual constitucionais.

5 OS DESAFIOS CONSTITUCIONAIS DO MICROSSISTEMA DE PRECEDENTES VINCULANTES

5.1 Os Principais Argumentos de Inconstitucionalidade do Microsistema de Formação dos Precedentes Vinculantes e sua Análise

Segundo alguns autores, o sistema de precedentes vinculantes no direito processual brasileiro seria inconstitucional sob vários aspectos. Dentre os argumentos, destacam-se:

- a) a violação ao princípio funcional da separação dos poderes, posto que o Judiciário estaria legislando, matéria que é afeta ao Legislativo e precisaria de uma autorização constitucional para tanto, conforme ocorreu com as Súmulas Vinculantes;
- b) violação à competência constitucional do STF e do STJ no julgamento dos recursos especial e extraordinário, tendo em vista que estes tribunais julgariam teses e não causas decididas;
- c) violação ao contraditório, posto que quem não participou do processo poderia sofrer prejuízos na defesa de seu direito;
- d) violação ao sistema de competências da Constituição, levando-se em consideração que os tribunais locais, em IRDR, teriam competência para vincular decisões afetas ao sistema dos juizados especiais;
- e) a violação ao princípio da independência funcional dos magistrados, onde, na linha do sistema da *civil law*, os magistrados teriam o poder de decidir contrário às decisões do STF.

5.1.1 O Princípio Funcional da Separação dos Poderes

Segundo alguns doutrinadores, o sistema de precedentes vinculantes apenas poderia ser feito através de Emenda Constitucional, jamais através de legislação ordinária. Nessa linha, Georges Abboud afirma:

A inconstitucionalidade do IRDR – ausência de previsão constitucional.
De início, o efeito vinculante previsto para tal instituto é inconstitucional, porque esse mecanismo não pode ser instituído mediante legislação ordinária.
A vinculação de uma decisão aos juízes de hierarquia inferior ao órgão prolator da decisão deve estar sempre prevista expressamente na Constituição da República, sob pena de violação à garantia constitucional da independência funcional dos magistrados e à separação funcional de poderes. Vale lembrar que até mesmo os enunciados editados, ou as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade abstrato pela mais alta corte do país (o STF), precisaram de previsão constitucional expressa que lhes atribuísse efeito vinculante (art. 102, §2º da CF[controle abstrato] e art. 103-A da CF [súmula vinculante]). Dessa forma, mais

necessário ainda é o permissivo constitucional que confira efeito vinculante às decisões proferidas no julgamento do IRDR. (ABBOUD, 2016b, p. 15).

No mesmo sentido, Nelson Nery Jr e Rosa Maria Andrade Nery:

O texto normativo impõe, imperativamente, aos juízes e tribunais que cumpram e apliquem os preceitos nele arrolados. Trata-se de comando que considera esses preceitos como abstratos e de caráter geral, vale dizer, com as mesmas características da lei. Resta analisar se o Poder Judiciário tem autorização constitucional para legislar, fora do caso da Súmula Vinculante do STF, para o qual a autorização está presente na CF 103-A. Somente no caso da súmula vinculante, o STF tem competência constitucional para estabelecer preceitos de caráter geral. Como se trata de situação excepcional – Poder Judiciário a exercer função típica do Legislativo – a autorização deve estar expressa no texto constitucional e, ademais, se interpreta restritivamente, como todo preceito de exceção. [...] O objetivo almejado pelo CPC 927 necessita ser autorizado pela CF para propiciar ao judiciário legislar, como não se obedeceu o devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado. Existem alguns projeto de emenda constitucional em tramitação no Congresso Nacional com o objetivo de instituírem súmula vinculante no âmbito do STJ, bem como para adotar-se a súmula impeditiva de recurso (PEC 358/2005), ainda sem votação no parlamento. Portanto, saber que é necessário alterar-se a Constituição para criar-se decisão vinculante todos sabem. Optou-se, aqui, pelo caminho mais fácil, mas inconstitucional. Não se resolve problema de falta de integração da jurisprudência, de gigantismo da litigiosidade com atropelo do *due process of law*. Mudanças são necessárias, mas devem constar de reforma constitucional que confira ao Poder Judiciário poder para legislar nessa magnitude que o CPC, sem cerimônia, quer lhe conceder (NERI JR ; NERY, 2015, p. 1837)

Aqui há uma necessidade de, novamente, estabelecer uma distinção entre Súmula Vinculante e precedente vinculante. As SV são uma criação do direito brasileiro que, fundado no sistema da *civil law*, decidiu dar às Súmulas do STF o poder de vincular, posto que até a reforma do artigo 103-A da Constituição, não era incomum os juízes e os tribunais desconsiderarem as decisões da Suprema Corte em matéria constitucional em processos que chegavam através do sistema de controle difuso de constitucionalidade (através dos recursos extraordinários). E as SV vinculam também a Administração Pública.

Já o caso dos precedentes vinculantes possui distinções. Os precedentes são criados através de casos mais estreitos e sua vinculação maior é com relação ao Poder Judiciário. Outrossim, os precedentes vinculantes, apesar de terem *ratio decidendi* e regra (*rule*), obrigam essencialmente o Poder Judiciário.

De outro turno e conforme já mencionado em tópico anterior, o sistema processual brasileiro já convive com ações coletivas há um certo tempo, iniciando com as ações populares e perpassando pela importante ação civil pública e o CDC, que terminou por ser o primeiro diploma geral para as ações coletivas no sistema brasileiro. Pela cultura jurídica brasileira, os benefícios vinculantes trazidos pelas ações coletivas sequer sofreram

possibilidade de ação de inconstitucionalidade no STF também por serem vinculantes. Como se sabe, inexistem autorizações para vinculações decisivas em ações civis públicas ou coletivas de forma explícita na Constituição, mas tal fato é inerente ao *penumbral rights* de que o Estado, ao defender o consumidor na forma da lei, poderá criar mecanismos para a facilitação de sua defesa em juízo.

Chama a atenção, contudo, o § 2º do artigo 985 do CPC, que giza:

§ 2º Se o incidente tiver por objeto questão relativa a prestação de serviço concedido, permitido ou autorizado, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

Nesse ponto, tem-se uma determinação do Poder Judiciário em vincular a Administração Pública. Tal orientação somente será válida, constitucional e vinculante se a agência reguladora e o prestador do serviço público concedido, permitido ou autorizado tiver participado do processo, sob pena de, de fato, estar-se violando a independência funcional dos Poderes estatais. E, nesse ponto, o órgão público a que será submetida a ordem poderá ser objeto de ação civil pública com pedido de aplicação de precedente vinculante, o que pode transformar a causa coletiva em um grande título executivo judicial, conforme será observado em item próprio.

5.1.2 A “Violação” à Competência Constitucional do STF e do STJ no Julgamento dos Recursos Extraordinários *Lato Sensu*

Alguns autores mencionam o fato de que o CPC/15 haveria criado uma nova forma de hipótese para cabimento de recurso extraordinário e especial, que seria aquela em que os tribunais, em IRDR, teriam apreciado tese jurídica. Como a Constituição apenas admite a interposição destes recursos mediante “causas decididas”, o referido recurso previsto no CPC seria inconstitucional. Nesse sentido, confira-se a opinião de Marcos de Araújo Cavalcanti que, após discorrer sobre o modelo do IRDR como sendo misto⁹², *litteris*:

⁹² “Como já se acentuou, o modelo adotado para o IRDR é híbrido ou misto, isto é, o NCPC mescla características dos sistemas de julgamento de procedimentos-modelo (*Musterverfahren*) e de causas pilotos (*Pilot-verfahren*). No modelo de julgamento de *causas pilotos*, algumas demandas representativas da controvérsia são selecionadas e afetadas ao regime especial de julgamento. A decisão final do tribunal que fixa a tese jurídica também resolve as lides dos processos paradigmas. Há, portanto, *unidade decisória*. A tese jurídica fixada para resolver os processos paradigmas (*causas piloto*) servirá de precedente para os processos repetitivos suspensos. O NCPC adotou o modelo de julgamento de causas pilotos para os recurso especial e extraordinário repetitivos, conforme prevê expressamente o art. 1.039 do NCPC. De outra forma, no *procedimento-modelo* há *desmembramento* cognitivo. Nesse modelo de julgamento, instaura-se um incidente processual no qual as questões homogêneas serão identificadas e resolvidas de forma abstrata pelo tribunal. Em seguida, a tese jurídica firmada no incidente será observada pelos juízes dos casos concretos. Inexiste, deste modo, unidade decisória.

Acontece que o NCPC admite a interposição autônoma de recurso especial ou extraordinário contra a decisão de mérito do IRDR. Isto é, segundo o texto legal, não é necessário ter havido recurso contra decisão que aplica a tese ao processo pendente no tribunal. Até mesmo porque, como pretende o NCPC, a tese jurídica somente pode ser aplicada aos casos concretos, inclusive ao processo pendente, quando não houver recurso especial ou extraordinário contra a decisão de mérito do incidente, tendo em vista o efeito suspensivo *ope legis* previsto no art. 987, § 1º, do NCPC.

Contudo, o cabimento de recurso especial ou extraordinário contra julgamento *em abstrato*, fixação da tese jurídica no IRDR, é *inconstitucional*. Conforme estabelecem os arts. 101, III e 105, III, da Constituição da República, competem ao STF e ao STJ julgar em recurso extraordinário e especial, respectivamente, *as causas decididas*, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios. Ou seja, os recursos especial e extraordinário somente serão cabíveis quando houver *causas decididas* pelos tribunais de justiça e regionais federais. No IRDR, como já se demonstrou, inexistente julgamento de qualquer lide. Não há que se falar em *causa decidida*, pois o julgamento somente fixa a tese jurídica abstrata que será aplicada aos processos repetitivos. Somente existirá causa decidida após a aplicação concreta da tese jurídica estabelecida no julgamento do IRDR.

O cabimento de recurso especial e extraordinário contra a decisão de mérito do IRDR é *inconstitucional* por *não haver*, na hipótese, qualquer causa decidida, mas apenas fixação de tese jurídica (julgamento abstrato). Exatamente por esse motivo que o STF não permite o cabimento de recurso extraordinário contra acórdão de plenário ou de órgão especial que decide incidente de arguição de inconstitucionalidade. Segundo entendimento do STF, o recurso extraordinário somente é cabível, posteriormente, contra o acórdão que aplica a tese jurídica ao caso concreto. Nesse sentido, o Enunciado 513 da súmula da jurisprudência dominante do STF: "A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito".

Portanto, é *inconstitucional* o disposto no art. 987, §§ 1.º e 2.º, do NCPC. Para a sistemática do IRDR ser compatível com a Constituição da República, deve-se permitir que, após o julgamento do IRDR, seja a tese jurídica aplicada imediatamente ao processo paradigma pendente no tribunal. Essa aplicabilidade imediata torna-se possível em razão da inconstitucionalidade do próprio cabimento dos recursos especial e extraordinário e, consequentemente, do efeito suspensivo previsto no § 1.º do art. 987. Assim, aplicada a tese jurídica ao caso concreto paradigma, ou seja, tendo o tribunal *decidido a causa*, aí sim serão cabíveis os recursos especial e extraordinário. No entanto, considerando a repetição de processos que deu origem à instauração do IRDR, tais recursos devem ser afetados, no respectivo Tribunal Superior, ao regime jurídico dos recursos repetitivos. Deve ser mantida, inclusive, a suspensão dos demais processos repetitivos até que a tese jurídica seja firmada em definitivo (art. 1.037, II, do NCPC). Enfim, aplica-se, a

No julgamento do incidente não ocorre o julgamento de qualquer caso concreto. A tese jurídica é fixada *abstratamente* e, posteriormente, é aplicada aos processos repetitivos. Ocorre, assim, o *deslocamento da cognição* das questões comuns para órgão específico do tribunal competente. O sistema processual do IRDR é *híbrido ou misto*. Pelas razões já expostas, o ordenamento jurídico exige a pendência de causa no tribunal para a instauração do incidente. Ao mesmo tempo, prevê que o incidente instaurado terá a finalidade de identificar as questões homogêneas repetitivas e de fixar a tese jurídica correta a ser aplicada aos casos concretos suspensos. Então, verifica-se que, apesar do disposto no parágrafo único do art. 978 do NCPC, aqui ocorre o deslocamento da cognição das questões comuns para o bojo do incidente. Não há, assim, unidade decisória. O precedente firmado no julgamento deverá ser aplicado, *posteriormente*, ao processo pendente no tribunal que deu origem à instauração do incidente. Nesse aspecto, a sistemática do IRDR é *muito semelhante à do incidente de arguição de inconstitucionalidade* (art. 948 do NCPC)." (CAVALCANTI : 2016, p. 395-396).

partir de então, o modelo genuíno de julgamento de *causas piloto*. (CAVALCANTI, 2016, p. 396-397)

O termo “causa decidida” vem desde a Constituição de 1934 sendo objeto de divergências doutrinárias. Há doutrinadores que defendem o entendimento em conformidade com o significado técnico-científico, identificando-o com “lide”, o que afastaria a interposição destes recursos em procedimentos de jurisdição voluntária. Há outros, entretanto, que defendem sua interposição de forma ampla, bastando a possibilidade de o provimento jurisdicional infringir a legislação federal (OLIVEIRA, 2002, p. 228). É, pois, a tese que predomina no STJ, onde a norma federal tem que ser, efetivamente, considerada violada no voto vencedor, não valendo o que adveio no voto meramente como *obiter dictum*⁹³.

Outro aspecto no conceito de “causa decidida” que deve ser levado em consideração é “não exista possibilidade de se manejar outro recurso para atacar a decisão, de sorte que o tema nela enfrentado tenha sido ‘definitivamente julgado’” (USTÁRROZ; PORTO, 2013, p. 218). Ou seja, a questão jurídica tem que estar decidida e não mais caber qualquer tipo de recurso interno do tribunal, não admitindo o nosso direito um eventual recurso extraordinário *lato sensu per saltum*.

Conforme se observa, a ideia base dos que advogam não ser possível a interposição de recurso extraordinário *lato sensu* é que o recurso seria oriundo de um julgamento de tese e, nos moldes do julgamento do incidente de declaração de inconstitucionalidade, o recurso seria absolutamente inviável. Tal assertiva, *data venia*, não merece prosperar. Isto se dá porque o julgamento do incidente de declaração de inconstitucionalidade e o antigo incidente de uniformização de jurisprudência, de fato, apenas julgam teses e não a causa. Diferente é a hipótese do IRDR, que julga a tese diretamente na causa, conforme se extrai da inconfundível redação do artigo 978, quando aduz que o julgamento do IRDR pelo órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e fixar a tese jurídica “julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”. Assim, o que se tem no julgamento do IRDR é a apreciação de “tese + causa”, perfazendo o conceito de “causa decidida” que dá ensejo à interposição dos recursos extraordinário e especial.

⁹³ “[...] As simples considerações feitas de passagem pelo Tribunal de origem, a título de obiter dictum, não revelam uma tese jurídica oportunamente suscitada e devidamente resolvida no acórdão a quo, na forma como exigido pelo conceito de causa decidida presente no art. 105, III, da Constituição da República, para autorizar a revisão da matéria por este Superior Tribunal. [...]” (EDcl no AgRg no REsp 1442224/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2016, DJe 22/09/2016)

5.1.3 Violação ao Contraditório vs. Representatividade Adequada

Em virtude de ser um processo de julgamento em massa, há uma necessidade intrínseca de condensar o julgamento de todos os casos em um processo piloto. Para tanto, é necessário que as partes tenham, efetivamente, uma espécie de representatividade adequada, o que termina por lembrar as lições do direito processual norte-americano⁹⁴, mas que, por mais incrível que pareça, tem fortes raízes no direito romano antigo⁹⁵. A representatividade adequada tem, contudo, uma íntima ligação com o conteúdo do devido processo legal, tendo em vista que um participante irá defender em juízo a posição de todo um grupo especial.

Nos EUA, há um controle mais rígido sobre a representatividade adequada, que é outorgada mediante o chamado *class certification*, que é um documento processualmente precário (ou condicional): o simples fato da corte ter conferido um certificado de classe não quer dizer que o caso irá a julgamento como *class action*. Uma corte federal pode alterar ou restringir um certificado de classe a qualquer tempo antes do julgamento final, de acordo com a Rule 23 (MUELLER; BEACH, 2010, p. 147)⁹⁶:

⁹⁴ “A forma moderna de controle judicial da adequação da representatividade tem origem na *Rule 23 (a) (4)* das *Federal Rules of Civil Procedure* do direito norte-americano. Nos termos da regra mencionada, para uma demanda ter seu processamento deferido como ação coletiva (certificação), a corte deve exercer o controle judicial da representação, verificando se as partes representativas e os advogados podem efetuar a mais leal e adequada defesa dos interesses da classe. O referido controle judicial, que se aplica tanto às partes representativas quanto aos advogados, tem como base um princípio básico do direito processual coletivo. Segundo ele, uma ação não pode ser certificada como coletiva, tampouco há formação de coisa julgada em relação aos membros *ausentes* da classe, quando não houver a necessária adequação da representatividade dos interesses envolvidos. Vale destacar, todavia, que a Suprema Corte norte-americana, no julgamento do caso *Hansberry vs. Lee*, decidiu que a legislação *não exige a melhor* representação dos interesses do grupo, mas apenas que as partes representativas e os advogados sejam *adequados* para tal desiderato. Os objetivos da regra são: (a) evitar ou minimizar a possibilidade de conluio entre as partes; (b) assegurar uma conduta robusta da parte representativa e do advogado do grupo na defesa dos direitos coletivos; e (c) garantir que se levem ao processo judicial os argumentos e os interesses de todos os membros do grupo.” (CAVALCANTI : 2016, p. 372).

⁹⁵ Segundo Marcos Cavalcanti, “O direito romano também se utilizava do controle judicial da representação adequada. Nos termos do Digesto de Justiniano (D.47.23.3), na hipótese de mais de uma pessoa ingressar em juízo com ações populares (*actiones populares*), tratando acerca do mesmo objeto, seria dada preferência à demanda que apresentasse melhores condições em termos de idoneidade e maior interesse pessoal no litígio. Ao tratar sobre o direito processual civil romano, o italiano Vittorio Scialoja não entendeu e lamentou o fato de a legislação italiana não ter adotado esse importante controle judicial. Segundo o autor, ‘esta elección de la persona más idónea es de gran importancia, y creemos que ha sido un error (no sabemos hasta qué punto evitable) de nuestra legislación el no atender a este gravísimo momento en las acciones populares’. Portanto, o direito romano já permitia ao juiz controlar a qualidade da parte representativa nas ações populares, afastando ou minimizando a presença de pessoas inidôneas na defesa dos interesses do grupo.” (CAVALCANTI : 2016, p. 377).

⁹⁶ No original: “Merely because the court has certified a class does not ensure that the case will go to trial”. A federal trial court can alter or amend a class certification order at any time before final judgment pursuant to Rule 23.”

Esse controle judicial é necessário para fiscalizar se a parte representativa pode efetuar a mais adequada defesa dos direitos coletivos, com a garantia de que se levem ao processo judicial os argumentos e os interesses de todos os membros ausentes. Por isso, quando o controle judicial é positivo, ou seja, na hipótese de haver decisão a favor da adequação da representatividade, é comum a expressão de que os integrantes ausentes da classe tiveram "their own day in court". É como se esses interessados participassem virtualmente do processo judicial (*virtual participation in litigation*), por meio da atividade da parte representativa.

Por outro lado, caso a corte entenda pela ausência de adequação da representatividade, a demanda não pode ser certificada e não pode prosseguir como uma ação coletiva. O controle judicial é sempre contínuo. Se, a qualquer momento, durante o processamento da demanda, for verificado que as partes representativas não têm condições de efetuar a adequada defesa dos direitos coletivos, a ação coletiva deve ser *decertificada*. Com isso, a decisão ali proferida não terá o condão de atingir os membros ausentes do grupo. Além disso, mesmo após o julgamento final de uma ação de classe, as decisões judiciais podem ser atacadas sob o argumento de que a representatividade dos interesses da classe foi inadequada. (CAVALCANTI, 2016, p. 374)

Nesse ponto, é necessário que tantos os Desembargadores (no caso dos IRDR's) quanto os membros dos Tribunais Superiores exerçam, analogicamente, a análise da representatividade adequada prevista no artigo 138 para os *amicus curiae*, instituto que já existe em outros países de origens de *civil law*⁹⁷, entendendo a representatividade não como sendo a "melhor representação", mas sim como aquela minimamente adequada para a apreciação dos pontos mais importantes da lide em comento.

Em outra linha de raciocínio ainda tendo o contraditório como referência, Georges Abboud aduz que os IRDR – e, por conseguinte, todo o microsistema de produção de precedentes vinculantes do CPC – seriam inconstitucionais por não haver a previsão que existe no sistema norte-americano de *opt-out*:

Se a ideia do CPC/2015 é vincular todos processos repetitivos à decisão do IRDR, mesmo sem qualquer requerimento nesse sentido, deveria, ao menos, ter expressamente permitido aos litigantes o exercício do direito de auto exclusão. Em outros termos: como, aparentemente, a ideia do legislador não é adotar o sistema de *opt-in*, o que se conclui com uma simples leitura do texto projetado, deveria, ao menos, ter assegurado uma "válvula de escape" aos litigantes, garantindo o direito de não participarem do julgamento coletivizado e de prosseguirem com suas demandas isoladamente.

Os incidentes processuais coletivos estrangeiros adotam sistemas que permitem ao indivíduo o direito de opção pelo julgamento coletivo ou individualizado. Por exemplo, no procedimento-modelo (*Musterverfahren*) do direito alemão, a *KaMug*

⁹⁷ "Essa tendência dos países do *civil law* não exclui a possibilidade de o respectivo ordenamento jurídico também adotar a técnica processual do *controle judicial* da representatividade adequada. Na Alemanha, não se pode esquecer, a *KapMuG* exige que o Tribunal Regional Superior (*OLG*), no momento da escolha do autor-principal para o procedimento-modelo (*Musterverfahren*), verifique se o candidato tem *representatividade adequada* para defender os interesses das partes envolvidas no litígio de massa. Em outros termos, o sistema processual alemão também permite o *controle judicial* da adequação da representatividade do autor-principal no âmbito do *Musterverfahren*, mecanismo processual que influenciou a proposta de criação do IRDR no Brasil." (CAVALCANTI : 2016, p. 379).

autoriza que o autor da demanda repetitiva exerça, sem consentimento do réu, no prazo de um mês contado da comunicação da decisão que suspendeu seu processo, o direito de pedir desistência da demanda individual, como forma de não ser alcançado pelos efeitos da decisão-modelo (sistema de *opt-out*). Além disso, a *KapMuG* permite que as partes representativas formalizem um acordo, de forma que os termos ali decididos atinjam todos os processos. Nesse caso, permite-se o direito de o indivíduo optar por não aderir ao acordo (*opt-out*). No Brasil, não há essa possibilidade, pelo menos não expressamente. (ABBOUD, 2016b, p. 16).

O sistema de *opt-out* narrado teria pouca ou nenhuma utilidade na forma como o CPC foi desenhado. De fato, ao julgar uma determinada demanda coletivizada, o precedente vinculante determinaria o seu seguimento por todos os demais juízes que fazem parte da jurisdição do órgão julgador; logo, mesmo que uma parte pedisse para não participar do processo, sua saída não teria nenhum tipo de serventia, já que o precedente firmado seria aplicável de toda forma.

5.1.4 Violação ao Sistema de Competências da Constituição vs Estabilidade, Integridade e coerência da Jurisprudência

Segundo uma parte da doutrina de processo civil, seria manifestamente inconstitucional determinar que os juizados especiais sejam submetidos à vinculação de IRDR feita por Tribunais de Justiça, tendo-se em vista que os tribunais não possuem cadeia recursal (*link*) em face das turmas recursais⁹⁸. Para esta corrente, deveria haver um IRDR no Tribunal e um IRDR nas turmas recursais.

Nesse sentido é a opinião de Nelson Nery Jr e Rosa Maria Andrade Nery, *litteris*:

⁹⁸ “A inconstitucionalidade seria a determinação de que a tese jurídica posta no incidente incidisse em face nos processos que tramitam nos juizados especiais, uma vez que o próprio STF já deliberou, por diversas vezes, que os juizados não estão submetidos aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais. [...] A primeira grande discussão travada nos tribunais acerca da *vinculação jurisdicional* dos juízes integrantes dos juizados especiais ao tribunal do respectivo Estado ou região surgiu em decorrência do ajuizamento de diversos mandados de segurança contra decisões judiciais irrecorríveis, proferidas no procedimento sumaríssimo. Como se sabe, no âmbito dos juizados especiais, as decisões interlocutórias são, *em regra, irrecorríveis*, dando ensejo à impetração do mandado de segurança, na forma de sucedâneo recursal, como autoriza o inc. II do art. 5.º da Lei do Mandado de Segurança. A partir de então surgiu a seguinte dúvida: qual o órgão jurisdicional competente para processar e julgar o mandado de segurança impetrado contra ato de juiz dos juizados especiais? Seriam as Turmas Recursais ou o Tribunal do Estado ou Região em que a decisão foi proferida? A interpretação *literal* dos referidos dispositivos constitucionais e legais permitia dizer que a competência para processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juiz dos juizados especiais seria do Tribunal e não das Turmas Recursais.

Todavia, o STF decidiu, diversas vezes, que os juizados especiais não estão sujeitos à jurisdição dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais. Isto é, os juízes que integram os juizados especiais não estão subordinados (para efeitos jurisdicionais) às decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados ou dos Tribunais Regionais Federais. A suspensão e a imposição vinculativa da tese jurídica aos processos repetitivos em tramitação nos juizados especiais violam o texto constitucional” (CAVALCANTI ; 2016, p. 391-393)

O TJ pode reformar decisão de juiz de direito, mas não decisão do juizado especial. Esse é o sentido da vinculação de que trata a CF 105 I d: o juiz de direito é “vinculado” ao TJ, mas o juiz do juizado especial não o é. Como não há subordinação das decisões do juiz do juizado especial ao TJ, esse juiz é “não vinculado” ao TJ para efeitos jurisdicionais. Assim, o caso concreto trata de conflito entre juízes vinculados a tribunais diversos (o juiz de direito é “vinculado” ao TJ: o juiz do juizado especial é “vinculado” à turma recursal) (NERY JR, NERY, 2015, p. 1866-1867)

Essa posição, contudo, não se coaduna com os *penumbral rights* existentes na Constituição e previstos no CPC, como os princípios à integridade, coerência e estabilidade das decisões judiciais. Supondo-se que, em uma dada matéria, o TJ tenha realizado um IRDR, julgando que, naquelas circunstâncias, uma empresa teria direito em face do consumidor. A Turma Recursal, ao seu turno, no processamento de seu IRDR entendeu o contrário, que o consumidor teria direito. Coexistiriam na mesma jurisdição estadual (ou federal regional) duas posições totalmente antagônicas. Nessa situação, apenas do IRDR do TJ seria cabível recurso especial, não o cabendo da Turma Recursal. E assim o sistema apresentaria um desequilíbrio, porque pela mesma razão o STJ não teria *link* recursal com as Turmas Recursais.

Para dar uma pitada problemática a mais, imagine-se que a matéria seja estritamente de legislação estadual ou municipal. Nesse ponto, não haveria recurso nem ao STF e nem ao STJ. Coexistiriam no ordenamento dois precedentes vinculantes e antagônicos e sem condições de serem pacificados...

Onde há dois precedentes vinculantes antinômicos, ambos válidos e, portanto, ambos aplicáveis, o sistema de formação destes precedentes não conseguiria garantir nem a certeza, entendida como possibilidade pelas partes do processo, nem a justiça, entendida como o igual tratamento das pessoas que pertençam à mesma categoria.

Há a necessidade de se realizar uma releitura dos princípios constitucionais da segurança jurídica, devido processo legal e isonomia para compreender que o Poder Judiciário é uno e coerentes devem ser as suas decisões. Por estas razões, é constitucional a vinculação do precedente do TJ para o sistema dos juzizados especiais de mesma base territorial.

5.1.5 A Violação ao Princípio da Independência Funcional dos Magistrados vs Coerência nas Decisões Judiciais

De há muito já se fala que no Brasil não se tem um Poder Judiciário, mas sim 15 mil juízes que não pensam necessariamente igual. E a loteria judicial é uma das tristes realidades do sistema judicial brasileiro que vigeu com força durante o CPC/73. A vitória ou derrota em

processos judiciais passou a ser, muitas vezes, determinada pelos sorteios para quem o processo seria distribuído:

Para (Eduardo) Cambi, em um ordenamento jurídico no qual se admite a loteria judicial, o litigante depende da sorte de o processo ser distribuído a determinado juiz que tenha entendimento favorável sobre o tema discutido, para que, dessa forma, possa obter a tutela jurisdicional na forma pleiteada. Por outro lado, se outros litigantes, que se encontram em condições iguais, tiverem o azar de a causa ser distribuída a outro magistrado, com posicionamento contrário ao seu pedido, será proferida decisão não reconhecendo o direito pleiteado.

Nesse contexto, próprio da jurisdição individual do sistema do *civil law*, cada caso é julgado isoladamente, com a possibilidade de haver incompatibilidade formal entre julgados oriundos de casos similares. Essa situação gera *insegurança jurídica*. O órgão jurisdicional, ao julgar de forma divergente situações jurídicas homogêneas, instaura um ambiente de *incerteza* formado pelo sentimento de *imprevisibilidade*, de *incoerência* e de *descrédito* do Poder Judiciário. Ademais, a prolação de decisões divergentes para casos idênticos viola o *princípio da isonomia*, pois pessoas que se encontram em situações jurídicas homogêneas alcançarão resultados diametralmente opostos. (CAVALCANTI, 2016, p. 151)

De outro turno, há de se compreender que o princípio da independência funcional do juiz é uma das garantias da própria jurisdição, no sentido de que o juiz estaria livre para decidir e fundamentar livremente a questão posta.

Com a evolução da quantidade de demandas, não havia mais como se julgar eficientemente os múltiplos processos como se fossem únicos, apesar de serem múltiplos e com a mesma base fática ou jurídica posta à mesa dos juízes. O processo civil das causas múltiplas passou a ser uma “guerra de computadores”, onde para aquela causa que agigantava o volume de trabalho do Judiciário o advogado do autor tinha um modelo de petição, o advogado do réu tinha um modelo de contestação, o juiz tinha seu modelo de sentença e os desembargadores seus modelos de votos, e assim por diante, lotando o judiciário de ações plúrimas sem fim. Algo tinha que ser feito até mesmo para garantir o princípio da duração razoável do processo e o tratamento isonômico das partes, pois,

A pulverização de processos repetitivos está imediatamente ligada à existência de questões jurídicas homogêneas. Ou seja, onde houver a disseminação repetitiva de processos, necessariamente haverá homogeneidade fática e/ou jurídica entre as questões ali versadas. Por essa razão, é possível dizer que parte dessas questões, ao contrário de ser examinada individualmente em cada um dos processos repetitivos ajuizados, poderia ser perfeitamente apreciada de forma conjunta e coletivizada, racionalizando, dessa forma, a atividade jurisdicional. Há, portanto, forte relação de referibilidade entre a “pulverização” (ou “atomização”) e a “aglutinação” (ou “molecularização”) dos litígios massificados. São faces de uma mesma moeda.

A disseminação de processos e o consequente tratamento individualizado das questões jurídicas homogêneas não se compatibilizam com a *cláusula do devido processo legal* e com o *efetivo acesso à justiça*. Provocam tratamento não isonômico e insegurança jurídico-processual entre os litigantes que se encontram em situação

jurídica idêntica. Trazem, ainda, custo excessivo à atividade jurisdicional e tempo acima do razoável para a resolução dos litígios. (CAVALCANTI, 2016, p. 150-151)

Não existe em nosso ordenamento princípio absoluto: ele sempre cederá quando houver outro princípio com maior interesse público no caso em análise. Tem-se, de um lado, o princípio da independência funcional do juiz; do outro, um plexo de princípios como duração razoável do processo, isonomia, devido processo legal, dentre outros. Sob esse aspecto, o microsistema de precedentes vinculantes é também manifestamente constitucional.

5.2 Os Argumentos Favoráveis à Constitucionalidade do Microsistema de Formação de Precedentes Vinculantes

Em face de um Judiciário abarrotado de processos, com estoque em números superiores a 100 milhões de ações, o sistema de precedentes vinculantes possui diversas outras facetas que lhe emprestam fundamentos de constitucionalidade. São elas: o princípio da economia processual, o princípio do acesso à justiça, o princípio da isonomia e o princípio da produção democrática do precedente vinculante.

5.2.1 O Princípio da Economia Processual

O princípio da economia processual tem a haver com a eficiência do sistema, considerando-a como sendo “o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo de emprego possível de atividades processuais” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2003, p. 73). Exige o princípio que se atinja o resultado processual com a maior economia de meios. Desta forma, cada processo deve resolver o maior número de litígios possível, através dos atos e formalidades que se mostrem indispensáveis e úteis à resolução do máximo posto em juízo. O microsistema de formação dos precedentes, na parte que toca ao julgamento simultâneo de causas múltiplas e previsto como uma das formas de se gerar o menor gasto possível do dinheiro do contribuinte e das partes na condução do processo, sem perder de vista a celeridade desse processo (BONICIO, 2016, p. 210), é um desses exemplos.

5.2.2 O Princípio do Acesso à Justiça

Nos Estados liberais, sistemas construídos nos séculos XVIII e XIX, os procedimentos adotados para a solução dos litígios civis orientavam-se pela filosofia atomista e individualista dos direitos e interesses em juízos. A justiça, como outros bens do sistema, guiava-se pelo pensamento de Adam Smith “*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-*

même” – deixai fazer, deixai passar, que o mundo atua sozinho, pensamento econômico que teve forte penetração nos sistemas jurídicos de então. Por conseguinte, a justiça só podia ser obtida e satisfeita por aquele que fosse capaz de suportar seus custos. Posteriormente, o direito ao acesso efetivo à justiça passa a ser o foco das atenções, os indivíduos passam a ser tratados como cidadãos e assumem a qualidade de consumidores trabalhadores (empregados) e diversas outros papéis sociais com implicações jurídicas (SANTOS: 2007, p. 15).

O acesso à jurisdição, relacionado com o direito à ação, incorpora os elementos clássicos do direito de pedir e de postular em juízo, mas não apenas isso: compreende também a possibilidade de acessar e dar efetividade a uma extensa dimensão de direitos individuais, sociais, coletivos e difusos. O princípio do acesso à justiça não pode mais ficar limitado ao processo individual, mas ele compreende também uma resposta eficaz ao pleito à jurisdição. Em suma, pode-se afirmar que:

(a) o acesso à justiça no seu *aspecto formal* representa a possibilidade de alguém acessar formalmente o Poder Judiciário, deduzindo uma pretensão ou a ela se opondo. Trata-se do direito de demandar e de resistir à pretensão. Confunde-se, então, com o *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional* ou *princípio do direito de ação*, assegurado constitucionalmente no inc. XXXV do art. 5.º da Constituição da República. É, enfim, o direito público, subjetivo e abstrato de se obter do Estado a prestação jurisdicional; e

(b) o acesso à justiça no seu *aspecto material* nada mais é do que o próprio princípio do *devido processo legal* visto do aspecto processual. Significa, então, que o Estado, além de garantir o acesso formal aos órgãos jurisdicionais, deve prestar *adequadamente* a atividade jurisdicional. Pressupõe-se, para tanto, a existência e o desenvolvimento de um processo *devido* (ou *justo*) que observe a aplicação dos princípios constitucionais derivados da *procedural due process clause*. Dentre eles, destacam-se os seguintes: da isonomia; da segurança jurídica; da economia processual; do contraditório; da ampla defesa; da efetividade; e de todos os demais corolários da cláusula do devido processo legal. (CAVALCANTI, 2016, p. 157)

Ou seja, além de uma garantia de mero ingresso no Poder Judiciário, o dispositivo de acesso à justiça – também chamado por alguns de inafastabilidade da jurisdição – representa a garantia de outorga, a quem tiver razão, “de uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva (Kazuo Watanabe), além de impedir a imposição de óbices ilegítimos à concessão da tutela eventualmente devida” (DINAMARCO ; LOPES, 2016, p. 55). Com serviços

jurídicos adequados à demanda, obtém-se uma tutela adequada aos interesses em jogo no processo.

5.2.3 O Princípio da Isonomia

Sob uma ótica material, o microssistema de formação dos precedentes vinculantes visa atender, principalmente, aos princípios da isonomia e da segurança jurídica. De fato, “a forma mais prática de se promover o tratamento igualitário de situações similares é mediante o seu julgamento conjunto” (ABREU, 2015, p. 219). Conforme anota Marcos Cavalcanti,

Com efeito, um ordenamento jurídico que aceita a coexistência de decisões divergentes para casos análogos gera um ambiente de *insegurança jurídica*, além de permitir o *tratamento desigual* dos jurisdicionados que se encontram em uma mesma situação jurídica. Consequentemente, contribui para o descrédito do Poder Judiciário, o que é inteiramente calamitoso do ponto de vista jurídico. A exigência de *certeza*, de *previsibilidade*, de *confiabilidade* e de *coerência* das decisões judiciais privilegia os *princípios da segurança jurídica e da isonomia*, afastando arbitrariedades ou decisões tomadas ao exclusivo sabor de contingências ou instabilidades pessoais do julgador. (CAVALCANTI, 2016, pp. 162-163)

No atual panorama do processo civil, não basta garantir a igualdade apenas em uma perspectiva particular, nas fórmulas clássicas de igualdade ao processo e igualdade no processo; é necessário que todos sejam tratados de maneira uniforme no que tange à aplicação do direito, sem o que não se pode apontar um sistema consistente de resolução de disputas. É necessário, sobretudo através da leitura adequada dos art.s 7º e 139, I, do CPC, que ao juiz “não basta agir com isonomia em relação a todas as partes, é também indispensável neutralizar desigualdades” (DINAMARCO ; LOPES, 2016, p. 59). Nesse sentido,

Do ponto de vista geral, o processo civil deve ser pautado pela igualdade também sob o prisma do seu resultado. Se seu foco é apenas no *meio* (a atividade das partes no processo) e não no *fim* (a igualdade diante dos resultados produzidos pelo processo) o tratamento igualitário resulta empobrecido. Reduzir o âmbito de incidência da igualdade à perspectiva particular, do caso, diminui a sua importância. É necessário que se perceba que o princípio da igualdade não abrange apenas o tratamento às partes no *interior do processo*. Os resultados produzidos pelo processo devem ser iguais para todos aqueles que ostentam idênticas ou similares situações, uma vez que a igualdade relaciona-se à exigência de unidade do ordenamento jurídico e, portanto, impõe a vinculação dos tribunais a uma *instância interpretativa unificada*, consubstanciada no modelo ideal de Corte Suprema. Não há Estado Constitucional se casos idênticos recebem diferentes decisões pelo Poder Judiciário. *Like cases should reach like outcomes for purpose of fairness*. Dessa forma, é tarefa do processo dar unidade ao direito e para tanto a igualdade, compreendida como igualdade *pelo* processo, impõe a estruturação de técnicas processuais compatíveis com essa finalidade. Para fins meramente sistemáticos, podem-se vislumbrar três formas de estruturação do ideal de igualdade *pelo* processo ou *diantes das decisões judiciais*. Uma maneira

de abordar o problema é mediante a utilização de técnicas tendentes a reunir processos ou questões para um julgamento único que permita a efetivação da igualdade de todos os sujeitos que ostentem a mesma posição jurídica por meio de uma só decisão. Uma segunda óptica é aquela referente à utilização de uma série de ritos ou sistemáticas previstos no direito positivo tendentes à fixação de uma resposta judicial para um determinado ponto de direito e posterior vinculação prevista pelo direito positivo, permitindo a replicação dessa decisão para casos futuros ou em andamento. Por fim, uma terceira forma de abordar o problema da igualdade diante das decisões judiciais, está na aceitação de que o caráter não cognitivista da interpretação impõe respeito ao precedente por razões de ordem institucional (mas não necessariamente por expressa disposição legal).

Um ordenamento que pretenda tutelar a igualdade perante o direito de forma plena deve conjugar essas três formas de estruturação da igualdade *pelo* processo, assumindo seu caráter de complementaridade. O tratamento que ora busca-se efetivar tem por escopo apresentar uma visão crítica do sistema de tutela dos direitos, a partir de algumas soluções aparentemente equivocadas (outras nem tanto) encampadas pelo nosso direito positivo, com vistas à estruturação de um processo civil mais voltado à tutela da *igualdade diante das decisões judiciais*. (ABREU, 2015, pp. 217-128).

O microssistema de formação dos precedentes vinculantes dá um passo a mais do que as ações coletivas, julgadas sob o manto da coisa julgada *secundum eventum litis*, pelo fato de que sua resposta final vinculará ambas as partes, quer seja positiva ou negativa perante os direitos do consumidor, pacificando isonomicamente todo o litígio posto em juízo.

5.2.4 O Princípio da Produção Democrática do Precedente Vinculante

O princípio democrático *lato sensu*, ao exigir a participação dos cidadãos na formação e na conduta das políticas públicas e na produção de precedentes vinculantes funciona como elemento garantidor de transparência estatal. O precedente vinculante não é formado dentro de um sistema hermeticamente fechado no direito; ele deve ser o produto de uma ampla discussão que envolve diretamente os segmentos sociais interessados através da figura legitimadora do *amicus curiae*, que amplia as possibilidades de quaisquer interessados em fazer parte do processo, desde que tenha uma representatividade adequada. O *amicus curiae* promove a democratização dos processos decisórios com participação e controle social.

Nesse ponto, o sistema dos precedentes vinculantes, ao permitir a participação ampla dos interessados, termina por cumprir o mandamento previstos no artigo 1º (Estado Democrático), que é um dos princípios fundantes da República, o que faz com que os demais artigos constitucionais e legislação infraconstitucional sejam interpretados de acordo com os artigos fundadores⁹⁹.

⁹⁹ Cumpre ressaltar, também, que este raciocínio não chega a ser uma novidade no texto constitucional, posto que no artigo 134, *caput*, de nossa Carta Magna, elege-se a Defensoria Pública como sendo expressão e

5.2.5 O Princípio da Segurança Jurídica

A segurança jurídica é um princípio que outorga condição estrutural a qualquer sistema jurídico. Nas palavras de Alexandre Ávila, “um ordenamento jurídico privado de certeza não poderá, por definição, ser considerado ‘jurídico’.” (ÁVILA, 2014, p. 120). A segurança jurídica é um dos elementos que compõem o centro do direito, em especial o centro decisório, que é onde o direito se firma. Sem segurança jurídica o direito não se caracteriza.

Isso, contudo, não quer implicar na ideia de petrificação do direito; muito pelo contrário, a segurança jurídica significa, sobretudo, uma certa estabilidade nas mudanças através de códigos operacionais internos ao direito e que evite as “decisões surpresas”, no sentido de decisões que não seguem uma linha de precedentes já sedimentados, em especial quando os precedentes são vinculantes. Nesse sentido, Humberto Ávila leciona:

A palavra mais consistente para denotar esse sentido (de segurança jurídica) é, assim, “confiabilidade”, compreendida como a exigência de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis. [...]

Nessa segunda significação a segurança jurídica apenas estabelece exigências relativamente à transição do Direito passado ao Direito futuro. Não uma imutabilidade, portanto, mas uma estabilidade ou racionalidade da mudança, que evite alterações violentas. [...]

De outro lado, no entanto, pode-se arguir que a segurança jurídica apenas exige a elevada capacidade de prever as consequências jurídicas de atos ou fatos pela maioria das pessoas. Nessa acepção, a segurança jurídica garante que se possa, em larga medida, antecipar alternativas interpretativas e efeitos normativos de normas jurídicas. A palavra mais correta para denotar esse sentido, em vez de “previsibilidade” (*Voraussehbarkeit*), é “calculabilidade” (*Berechenbarkeit*). Calculabilidade significa, pois, a capacidade de o cidadão prever, em grande medida, os limites da intervenção do Poder público sobre os atos que pratica, conhecendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais. (ÁVILA, 2014, p. 139-140)

No caso, a calculabilidade não só afeta as relações entre os particulares e o Poder Público; o novo CPC dá um salto em qualidade e traz instrumentos para que, nas principais relações jurídicas multitudinárias ou com grande impacto social, tenha-se a calculabilidade, aqui traduzida como segurança jurídica nos precedentes vinculantes, de seguimento obrigatório por parte dos juízes.

Nesse sentido, é de se realizar uma releitura do *caput* do artigo 5º da Constituição, quando prevê que é direito de todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país a

instrumento do regime democrático. Outrossim, no artigo 216-A, § 1º, X, prevê que o sistema nacional de cultura fundamenta-se na política nacional de cultura, regendo-se pelo princípio da “democratização dos processos decisórios com participação e controle social”.

segurança, entendida esta não apenas como uma segurança policial, mas sim uma segurança mais ampla, que envolva também a segurança jurídica.

5.3 A Ressignificação do Precedente na Teoria do Direito Brasileiro

O precedente vinculante possui uma característica especial no direito brasileiro. Ele é uma densificação normativa e principiológica do direito legislado; é a condensação de uma série de normas e princípios anteriores para a especificação de aplicabilidade a um dado caso concreto, dentro de um dado suporte fático existente. Sua aplicabilidade não é automática; precisa de uma interpretação adequada para tanto.

O precedente vinculante possui uma dose de coercibilidade maior do que a legislação normal. Ele, por ser a densificação de normas existentes determinada pelo Judiciário, ganha coercibilidade mais elevada. Como técnica de julgamento de processo estaria, então, o precedente vinculante dentre as fontes formais do direito? Seria ele superior às normas legisladas pré-existentes? Poderia ele criar um novo direito a par dos já existentes, sem usurpar uma função típica do Poder Legislativo?

5.3.1 O Papel do Precedente Vinculante na Classificação das Fontes no Novo Direito Brasileiro

É comum a doutrina tradicional citar como fonte formal do direito a lei e como fonte subsidiária a jurisprudência. Entretanto, “... o direito não é essencialmente um dado, mas uma construção elaborada no interior da cultura humana. Ela se desenvolve, pois, desde o momento em que a ciência jurídica percebe o seu objeto (o direito) como um produto cultural [...]” (FERRAZ JR ; 1991, p. 200).

Carlos Cossio, ao procurar distinguir, de forma sintética, o que faz a lei e o que faz a jurisprudência, afirmou que “a lei reina, mas a jurisprudência governa” (MANCUSO, 2010, p.51). Pode-se compreender a frase curta – mas precisa – do mestre argentino se observar que o direito, diferentemente de outras ciências de cunho especulativo, como a filosofia, encontra a sua justificativa no seu especial *modus operandi*, que é exatamente a aplicação dos ferrões semânticos oriundos do Poder Legislativo, possibilitando a resolução das lides através da subsunção dos fatos à norma aplicável, que é tarefa realizada pelos centros decisórios do direito. A lei é a base, mas é a jurisprudência quem conduz os caminhos do ordenamento.

Conforme adverte Mancuso,

a jurisprudência tanto pode ser tomada num sentido formal, já antes enunciado, como num sentido substancial, quando ela vem referenciada pela credibilidade social, ou seja, o qualitativo que se agrega à jurisprudência quando a comunidade jurídica e a própria sociedade civil prestigiam a produção dos Tribunais, nela reconhecendo a boa e correta interpretação dos textos. Uma tal jurisprudência, a par do respaldo da *communis ponio doctorum*, ainda vem ao encontro do *sentimento médio de justiça*, presente e atuante dentre os destinatários da resposta judicial, ou seja, os jurisdicionados. Conquanto o *imperium* da atividade judicante não dependa, dentre nós, do sufrágio popular, não é menos certo “que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (CF, art. 1º, parágrafo único), de sorte que é *legítima* a expectativa dos cidadãos que a *norma julgada* alcance uma interpretação compatível com os valores preponderantes na comunidade, dentre os quais sobrelevam o *justo* e o *equitativo* (MANCUSO, 2010, p. 51-52).

Observa-se que, neste texto, Mancuso demonstra a necessidade das decisões judiciais serem legítimas. E isso – dentro da sistemática dos precedentes vinculantes (que geram uma jurisprudência posterior) – ocorre através da abertura cognitiva do sistema de formação destes precedentes, através da figura do *amicus curiae*, em regra dos vários “lados” que um litígio possa eventualmente ter. Quanto maior a participação dos *amicus curiae*, mais legitimidade terá a decisão. O jurista que irá decidir o pleito, em especial os mais impactantes, não é um mero “operador do direito”, no sentido de que os juristas práticos “agem como se estivessem operando uma máquina, sem se darem conta do modo objetivante como concebem o direito sob um viés exclusivamente normativista, no qual a tarefa não desborda do campo da prescrição” (TOMAZ, 2011, p. 186)¹⁰⁰. O jurista terá que ampliar os seus horizontes e isso se dará com a abertura cognitiva do sistema, que dá ao magistrado, inclusive, a possibilidade de escutar especialistas no assunto, marcar audiências públicas etc.

Ao se analisar o que o precedente e a jurisprudência fazem perante o direito, percebe-se que ela possui um nítido papel distinto da legislação, tão ou mais importante que a própria norma legal. Enquanto que as leis se revelam gerais, impessoais e abstratas e, portanto, suscetíveis de dúvidas no momento da aplicação (o que termina gerando o *jurisdictional uncertainty*, ou seja, a ausência de previsibilidade das controvérsias judicializadas), o precedente e a jurisprudência realizam a densificação normativa: através do plexo de várias normas e princípios, o Judiciário encontra o resultado final para aquele tipo de conflito.

¹⁰⁰ Ainda segundo o autor, “A mudança paradigmática impõe uma nova qualificação do conhecimento jurídico, em que a prescrição guia da autossuficiência metodológica do positivismo abre espaço para uma reflexão jusfilosófica, ocupando-se de descrever o processo da experimentação jurídica.

Nessa contextura, Dworkin alvitra que, no processo jurídico-decisório, os juristas podem se deparar com a necessidade de procurar por uma ascensão justificadora que não é prevista *a priori*. A chamada *ascensão justificadora* constitui um degrau da ascensão teórica que sempre está lá no horizonte do provável, mesmo quando ninguém ousa dar o primeiro passo e conduziria o jurista a trabalhar de-fora-para-dentro, porque o âmbito do vasto domínio da justificação inclui princípios abstratos de moralidade política.” (TOMAZ : 2011, p. 200).

A jurisprudência “traduz a um tempo o Direito e a sua interpretação, ou seja: representa a norma, mais o resultado de sua inteligência e aplicação iterativa aos casos vertentes, assim potencializando a eficácia da norma, ao lhe aclarar o conteúdo e lhe conferir concreção” (MANCUSO ; 2010, p. 52).

De fato, o direito é vivificado na função jurisdicional. O subsistema do direito, em especial o subsistema do direito brasileiro, vive em constante transformação, o que poderia trazer também alteração em sua teoria das fontes. Ainda segundo Tércio Ferraz Jr,

Afinal, a teoria das fontes tem a ver, primordialmente, com o problema da identificação do que seja direito no contexto da sociedade moderna. A aplicação do direito aos fatos, reconhecido como um fenômeno em constante câmbio, exige critérios para a qualificação jurídica de manifestações prescritivas da conduta social como normas, numa sociedade marcada pela perda de padrões estáveis, como o direito natural. A dogmática, desde o século XIX, desempenha esta função, pois a consciência da mutabilidade gerou insegurança e incerteza que não podiam mais ser contornadas por postulados subconscientes como “forças sagradas”, “tradições inquestionáveis”, “postulados de razão” etc.

[...]

Nesse contexto, é preciso um saber novo, capaz de definir, a cada instante, o que deve competir ao Estado, à sociedade privada, ao indivíduo. É aí que entra a ciência dogmática moderna. E a teoria das fontes é, assim, um dos seus instrumentos primordiais, pois, por meio dela, torna-se possível regular o aparecimento contínuo e plural de normas de comportamento sem perder de vista a segurança e a certeza das relações.

Por outro lado, a teoria das fontes proporciona uma série de regras estruturais do sistema do ordenamento que dizem respeito à entrada de uma norma no conjunto, portanto, ao seu reconhecimento como jurídica. As normas, como vimos, constituem um dos principais elementos do sistema do ordenamento. O sistema, porém, não é apenas um conjunto de elementos (repertório), mas também de relações conforme regras (estrutura). A distinção é importante. Assim, uma teoria legal, isto é, uma norma revestida do caráter de lei – em sentido estrito, uma lei – é um elemento do sistema do ordenamento. Quando, porém, dizemos que a “lei” é a fonte do direito, tomamos a palavra “lei no sentido de regra estrutural, isto é, de regra que institucionaliza a entrada de uma norma no sistema, dentro do qual ela será reconhecida como legal ou lei no sentido estrito. A doutrina das fontes, nestes termos, ao consagrar a “lei” (ou a legislação, de modo gera) como fonte, está se valendo (e até consagrando) uma regra de “input” que diz aproximadamente o seguinte: toda norma que se reveste do caráter de “lei” (fonte) deve ser considerada como pertencente ao ordenamento na forma de norma legal ou lei *stricto sensu*. (FERRAZ JR, 1991, p. 203-204).

Ou seja, dentro de uma dogmática tradicional, o conceito de fonte formal do direito seria destinado à lei, ao decreto, ao regulamento, às portarias (FERRAZ JR, 1991, p. 212) mas não à jurisprudência. À época do CPC/73, não era possível dar à jurisprudência o caráter de fonte formal do direito pelo fato de haver uma regra estrutural do sistema jurisdicional da época: a independência da magistratura judicial, onde o juiz deveria julgar segundo a lei e conforme sua consciência. Tal princípio da independência judicial era calcado nas seguintes regras (FERRAZ JR, 1991, p.221):

- a) pela não vinculação dos juízes inferiores aos tribunais superiores em termos de decisões;
- b) cada juiz não se vincularia às decisões dos demais juízes de mesma hierarquia, podendo decidir casos semelhantes de modo diferente;
- c) o juiz e o tribunal não se vinculam sequer às próprias decisões, podendo mudar de orientação mesmo diante de casos semelhantes.

Nesse sentido, “por estas razões a doutrina costuma negar à jurisprudência o caráter de fonte, ao contrário do que sucede com a teoria do precedente no mundo anglo-saxônico” (FERRAZ JR, 1991, p. 221). Dentro desta mesma ótica fulcrada na experiência do CPC/73, *litteris*:

Já a jurisprudência, tomada no sentido de “coleção sistemática e consonante de acórdãos de um Tribunal ou de uma Justiça, sobre um mesmo tema”, representa o produto final da atividade judiciária, e assim seria um ilogismo alçá-la à condição de fonte, visto ser esta última palavra naturalmente reportada à origem do objeto investigado.

De outra parte, parece mais adequado enquadrar a jurisprudência como meio suplementar de integração do Direito, porque ela deriva da atividade de subsunção de cada fato concreto às normas de regência, e assim carece do trinômio *generalidade-impessoalidade-abstração*, que caracteriza a norma legal. Nesse sentido, Rubens Limongi França, ao resenhar os argumentos postos por François Gény contra a possibilidade da jurisprudência constituir-se em costume *sui generis* ou fonte formal do Direito, pondera: “do momento em que se erigisse a jurisprudência em fonte forma positiva, ela continuaria sujeita a variações e contradições, sem oferecer, por sua constituição mesma, as garantias necessárias a toda criação jurídica”.

[...]

A outro ângulo, considere-se que a jurisprudência se origina de decisões em casos concretos, cujos efeitos, ao menos no plano da jurisdição singular, se circunscrevem às partes (MANCUSO, 2010, p. 76)

E, neste ponto, cumpre observar e ressaltar que há uma forte distinção – sobretudo em termos de CPC/15 – entre os conceitos de precedente (vinculante) e jurisprudência. A jurisprudência não calcada em precedente vinculante também não pode ser considerada uma fonte formal do direito no CPC/15 pelo fato da mesma poder também ser alterada, embora o sistema atual exija estabilidade, coerência e integridade. Ainda assim, ela é mais frágil que o precedente vinculante. Tradicionalmente, a jurisprudência – considerada esta como julgamento de casos individuais sem a abertura cognitiva dos precedentes vinculantes – não tem a mesma legitimidade e democracia daqueles provimentos que procuram sistematizar e julgar processos múltiplos no subsistema de formação dos precedentes vinculantes.

Um observador mais atento poderia observar que, no subtítulo deste tema, o descrevemos como “o papel do precedente no novo direito brasileiro” e não no “novo direito

processual brasileiro”. Isso se dá porque o papel a ser desempenhado pelo novo precedente se dará além do direito processual e passará a exercer função em todos os segmentos do direito material: o precedente vinculante é uma nova fonte formal do direito.

De fato, o direito envolve disciplina, envolve sanção. Para Michel Foucault, em uma lição que lembra Luhmann, afirma que a disciplina fixa espaços (espaços de legalidade da conduta). E tanto o direito legislado quanto o precedente vinculante fixam espaços onde o cidadão poderá agir dentro da licitude. E a importância da organização deste espaço de legalidade para a sociedade é que fixa posições e permite circulações, esculpe os segmentos individuais e estabelece links operacionais entre as pessoas (FOUCAULT, 1995, p. 159). Estes espaços criados pela disciplina são mistos: de um lado, reais (como o direito de propriedade)¹⁰¹; de outro, virtuais (chamados por Foucault de ideais), que seriam os direitos tradicionais (como, por exemplo, o direito do consumidor), que não possuem uma forma materializada (o *link* com Spencer Brown é manifesto). A jurisprudência, sem sobra de dúvidas, ajuda a criar estes espaços.

Conforme anota Ricardo Maurício Freire Soares, “ao lado dos costumes, a jurisprudência é considerada a principal fonte do direito nos sistemas jurídicos anglo-saxônicos (*common law*), embora seja também largamente utilizada nos sistemas jurídicos romano-germânicos da atualidade (*civil law*)” (SOARES, 2016, p.75).

O precedente vinculante e a jurisprudência podem ser encarados como uma atividade assumida pelo Estado traduzida como um poder-dever de distribuir a justiça com eficácia imperativa e coercitiva, para o primeiro, e íntegra, estável e coerente, para o segundo. Assim, os precedentes vinculantes podem ser considerados fontes formais do direito, enquanto que a jurisprudência tradicional, por ausência de sua eficácia vinculatória, seria considerada fonte secundária do direito.

5.3.2 O Posicionamento do Precedente Vinculante como Densificação Normativa em Face da Alteração da Legislação Posta

O precedente vinculante, ao ser considerado uma densificação normativa do sistema, possui alguns contornos importantes no que se refere às mudanças sociais e legislativas que ocorrem e incidem sobre a base legal e principiológica do precedente. Como diria Mancuso

¹⁰¹ No original: “In organizing ‘cells’, ‘places’ and ‘ranks’, the disciplines create complex spaces that are at once architectural, functional and hierarchical. It is spaces that provide fixed positions and permit circulation; they carve out individual segments and establish operational links; they mark places and indicate values; they guarantee the obedience of individuals, but also a better economy of time and gesture. They are mixed spaces: real because they govern the disposition of buildings, rooms, furniture, but also ideal, because they are projected over this arrangement of characterizations, assessments, hierarchies.”

em assertiva sobre súmulas vinculantes (e que aqui sua frase é aplicada analogicamente), “a norma é o *prius* e a súmula vinculante o *posterius*” (MANCUSO, 2010, p. 73), sendo que o adensamento normativo corresponde ao meio.

Uma das principais dúvidas ao se analisar o precedente é: qual o seu posicionamento na teoria das normas jurídicas? Estaria ele em um patamar acima do direito legislado? Poderia ser revogado por uma lei posterior? Por uma emenda constitucional? Ou apenas por outro precedente vinculante? Essas são algumas das questões que desafiarão os juristas nos próximos anos e aqui procuramos traçar algumas balizas, sem a pretensão de esgotar o assunto.

Luís Afonso Heck, interpretando o tema das fontes do direito à luz do CPC antigo, aduzia que “a lei já não é mais a única fonte do direito na família romano-germânica, embora, hierarquicamente, ainda ocupe o primeiro lugar” (HECK, 1992, p. 70).

Ao densificar normas esparsas do ordenamento para o caso concreto, o precedente vinculante declara a existência de um direito em potencial que estava à espera de seu desvendamento pela atividade judiciária. Por ele ser a densificação do que já existe e em face de uma legislação nova que alterou a equação jurídica em que se baseou o precedente, é necessário se analisar a sua *ratio decidendi* e a norma predominante para verificar de que forma a nova lei impactará o precedente já firmado. No caso das súmulas vinculantes, há uma previsão que pode se tomar analogicamente ao caso dos precedentes. Trata-se do art. 5º da Lei 11.417/2006, que assim giza: “Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, proceder à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso”.

Nesse ponto, há de se verificar se há uma resposta corretiva do sistema legislativo ao precedente vinculante ou se há uma afronta. A resposta corretiva do sistema legislativo seria a correção normativa indicada no precedente, como no caso hipotético em que uma dada lei foi declarada inconstitucional por não ser o diploma apto a instituir tal relação – por exemplo, casos de leis estaduais e municipais sobre direito civil. Se a nova lei é oriunda do Congresso Nacional e versa sobre o mesmo caso, o vício de origem estaria corrigido e haveria uma necessidade um *prospective overruling*.

Outra situação seria o caso da alteração legislativa confrontante com o precedente vinculante. No caso das gratuidades dos estacionamento em shopping centers, houve diversas leis estaduais e municipais sobre o tema, todas julgadas formalmente inconstitucionais pelo STF por não serem leis federais. Em um último julgado, o Ministro Joaquim Barbosa entendeu que, além do vício formal, haveria também um vício material, posto que o que

estava em jogo era o direito de propriedade. Assim, supondo que o precedente criado fosse vinculante, uma lei federal nova que versasse sobre o assunto seria em afronta à decisão do STF e o precedente vinculante teria que ser aplicado diretamente aos casos envolvendo a nova lei.

5.3.3 Há Possibilidade de Fixação de Precedente Vinculante na Lacuna da Lei?

Sendo o precedente vinculante considerado uma densificação normativa, um dos desafios de qualquer sistema se dá quando a solução do caso concreto não encontra uma legislação que trate diretamente do assunto. No caso, o direito seria extraído de forma precípua da atividade judicial e não do labor legislativo dos Parlamentos.

No constitucionalismo norte-americano, baseado em uma constituição enxuta feita há mais de 200 anos (como era comum ser feito à época), há a teoria da *penumbral rights*, oriunda da teoria de que o legislador constituinte, ao construir uma constituição curta, não conseguiu tudo prever. Como apontam seus teóricos, tal fenômeno também ocorre nas constituições modernas, que tendem a ser bem mais longas e que são frequentemente emendadas, como é o caso da Constituição do Brasil. As constituições podem assim, prover inúmeros *penumbral rights*, que são conceituados como direitos não especificados na constituição, mas são consistentes com os princípios e os direitos já previstos (BRUCH; KING, 2002, p. 25)¹⁰² e, no caso brasileiro, há previsão expressa no art. 5º, § 2º, quando afirma que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...”, sendo que esses princípios tanto podem ser explícitos quanto implícitos.

No direito infraconstitucional norte-americano, há também a *incomplete law theory*, ou teoria da incompletude da legislação, onde a incompletude é uma característica inerente à

¹⁰² No original: “Modern constitutions tend to be longer, as they frequently incorporate new provisios in addition to the various constitutional rights and obligations that other countries have enumerated. In this way, constitutional law borrows from and builds on the constitutions and experiences of other countries. Nonetheless, although longer, more detailed constitutions are increasingly likely to include explicit provisions that clarify the scope of the enumerated rights, most countries still rely on legislation to spell out the precise nature of the rights and obligations. [...] Second, constitutions can provide for unenumerated penumbral ritghts. Penumbral rights era rights that are not specifically mentioned in the constitution but that are consistente with its principles and existing rights. For example, Article 29 of Eritrea’s Constitution provides that ‘the rigths enumerated in this Chapter shall not preclude other rights which ensue from the spirit of this Constitution and the principles of a society based social justice, democracy and the rule of law’. Penumbral rights can enable courts to incorporate emergin fundamental human rights without requiring the court to develop a tortured interpretation of na existing constitutional provision. Thus, for example, the 1972 Stockholm Declaration, the 1992 Rio Declaration, and the impressive body of international environmental conventions nad practice since the early 1970’s argues strongly for a fundamental human right to a helthy environment and the incorporation of this right into constitutional jurisprudence”.

lei. Isso se dá porque a lei é desenhada para ser geral e durar um longo período de tempo, sendo que nem o melhor dos advogados e nem o melhor dos legisladores podem antever todas as ocorrências que advirão no futuro (PISTOR; XU, 2006, p. 74)¹⁰³. Assim, a incompletude é uma característica inerente à própria legislação. E o seu preenchimento no caso concreto pelo Judiciário é uma atividade própria da jurisdição.

No caso brasileiro, há inúmeras formas em que a incompletude do ordenamento é preenchida. Os métodos de integração são as categorias jurídicas credenciadas ao preenchimento das lacunas do direito, oriundo

do fato mesmo de que o processo de formação da norma pressupõe um certo grau de abstração do que se passa na realidade objetiva, de tal arte que apenas alguns aspectos, ou pontos mais significativos, é que são captados e depois positivados, ficando os demais elemento numa sorte de zona de penumbra, ao redor do núcleo essencial, normatizado, para oportuno e eventual aproveitamento (MANCUSO, 2010, p. 74)

Além do artigo 4º da LINDB – que trata dos meios de integração -, há inúmeras outras situações em que os conceitos jurídicos indeterminados operam uma presumida completude da ordem normativa; em verdade, tais conceitos jurídicos indeterminados¹⁰⁴ são verdadeiras “portas” para o acoplamento estrutural do direito, realizadas por vezes “com” ou “sem” o *amicus curiae*. Como aduz Marco Muscari:

¹⁰³ No original: “Ou basic premis eis that law is intrinsically incomplete. This is the case, because law is generally designed to last a long time and to apply to a large group of adresses and cases. These atributes contribute to the stability of the legal system and ensure equality before the law. At the sam time, however, they invariably increase the incompleteness of law. Just as contractual parties cannot foresse all future contingencies, law-makers (including legislatures and judges) have limited capacity to anticipate all possible issues that may arise under the law. To avoid situations where, when the law does not fit exactly, a case is dismissed or na accused acquitted, the power as to who may determine, if and how a law shall be applied to a particular case must be allocated, as otherwise the law cannot be enforced. We call this power to apply existing law to new cases and adapt it in the processo f doing so the ‘residual’ law-making power. The power to make new law from scratch, by contrast, is the ‘original’ law-making power.

¹⁰⁴ “Quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, ocorrendo o pressuposto, a consequência é direta. A solução é dada pelo ordenamento. Já consagrados na doutrina – embora alguns afirmem que é impossível um conceito que não seja determinado, sob pena de não ser conceito -, os conceitos jurídicos indeterminados referem-se a uma significação, normalmente variável no tempo e no espaço. Seu conteúdo é incerto. Alguns autores distinguem, nos conceitos jurídicos indeterminados, um núcleo, a respeito do qual não existe dúvida, e um halo, a partir do qual as indagações começam. Os conceitos jurídicos indeterminados não se referem diretamente a valorações pessoais, ao passo que a discricionariedade – para aqueles que distanciam essas duas categorias – é formulada para ensejar uma apreciação valorativa. Os problemas relativos aos primeiros resolvem-se pela interpretação, enquanto a discricionariedade envolve o poder de eleição da consequência ou do efeito jurídico. Dentre os conceitos jurídicos indeterminados, existem os conceitos empíricos ou descritivos (*e.g.*, noite; escuridão; ruído), isto é, aqueles conceitos que designam objetos percebidos pelos sentidos. Nesses casos, a aplicação restringe-se unicamente à explicação. Há, também, os conceitos normativos, que visam a dados que não são, simplesmente, perceptíveis pelos sentidos, mas necessitam das normas para ser compreensíveis (“alheia”, “casamento”, menor”). Dentre esses conceitos, existem aqueles que, além da necessidade de correlação com as normas do sistema, ainda precisam ser preenchidos por um ato de valoração do aplicador do direito” (ÁVILA : 1997, p. 435).

Atualmente, mais e mais o legislador se vale de *standards jurídicos*, tipos abertos que reclamam intensa atividade do órgão jurisdicional, com o fito de preenche-los, para só então chegar-se à norma concreta. Referimo-nos a ‘bons costumes’, ‘bem comum’, ‘interesse público’, ‘boa-fé’, ‘repouso noturno’ e ‘ruído excessivo’, dentre outros. (MUSCARI, 1999, p. 22)

De fato, por mais minuciosa que seja a norma legislada, é impossível ao legislador antever todas as relações e litígios futuros oriundos de sua interpretação. A norma – qualquer que seja – sempre deixa margem para completude *a posteriori* a ser feita através da natural atuação jurisprudencial. São inúmeros os exemplos que atestam o reconhecimento de que a realidade positivada nas normas não esgota o rol das ocorrências socialmente relevantes. Aliás, os *inputs* que auxiliaram na criação da norma – dados político, social, econômico, jurídico – não desaparecem, mas continuam latentes após a norma se positivar no ordenamento, impulsionando as expectativas comportamentais. Estes elementos permanecem em avaliação continuada produzindo alterações no ordenamento¹⁰⁵.

O caso dos precedentes vinculantes é um pouco distinto: trata-se da possibilidade de se estipular, *ad futurum*, uma solução para um caso que não se possui lei no momento afirmando tal direito ou restrição. Assim, algumas considerações hão de ser feitas.

Primeiramente, tal hipótese já ocorreu no sistema judiciário brasileiro com a Súmula Vinculante do nepotismo¹⁰⁶, a SV 13, que criou uma exceção ao acesso aos cargos em comissão através da densificação de princípios constitucionais e em face da realidade cultural brasileira. Ali, tem-se a criação de um ato oriundo do Judiciário com efeitos vinculantes; entretanto, vários autores citam que tal ato está previsto na Constituição, posto ser necessária esta autorização. Como no caso dos precedentes vinculantes não há previsão constitucional, todo o sistema seria inconstitucional.

Discordamos dessa tese pelo fato de que a aplicação do sistema de precedentes vinculantes está fundada, também, em diversos princípios constitucionais, destacando-se a isonomia, a segurança jurídica e a duração razoável do processo, mormente pelo fato de que os precedentes densificam normas já preexistentes. Por esta densificação principiológica, os precedentes vinculantes no sistema brasileiro já seriam constitucionais. O caso, entretanto,

¹⁰⁵ Como exemplo, podemos citar a alteração dos costumes, muito evidente no caso *Loving vs Virginia* já aqui citado.

¹⁰⁶ “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

fica mais complexo quando não há norma jurídica pré-existente que embasaria o precedente e ele seria tipicamente uma criação do Poder Judiciário. Há a possibilidade de se aplicá-lo no sistema brasileiro?

É função inerente ao Judiciário a possibilidade de completar as lacunas legais. Isso está dentro da operacionalidade interna do sistema jurídico brasileiro. E essa completude de lacunas é feita, também, através de um princípio democrático, que é a abertura sistêmica do direito. Não há possibilidade de um precedente vinculante ser criado sem que haja uma abertura cognitiva. Esta abertura cognitiva, feita através dos acoplamentos estruturais realizados pelos *amicus curiae* no sistema brasileiro, dá legitimidade ao futuro provimento judicial, fazendo com que o precedente vinculante seja também, sob esse aspecto, constitucional.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os sistemas sociais estão em constante movimento e comunicação. A troca de informações entre sistemas é a tônica que reflete a vitalidade social. Essas interações intersistêmicas, contudo, podem produzir alterações no interior de cada sistema, mas essas alterações não são regidas por códigos externos. Para que haja um sistema estritamente definido, a operacionalização destas mudanças há de ser feita através dos códigos internos de cada um dos sistemas. A mensagem externa advinda do meio ambiente é recebida e metabolizada internamente. Nesse ponto, os sistemas são considerados abertos cognitivamente e fechados operacionalmente. Abertos à comunicação, de um lado, mas autônomos para realizar o metabolismo das informações dentro de seus critérios (regras ou códigos) internos. Se há, de outro turno, um sistema operando seus códigos internos em outro sistema, ocorrerá o que se chama de “corrupção sistêmica” que, sendo permanente, poderá desnaturar o sistema e transformá-lo em um mero resíduo ambiental.

Os limites das operações sistêmicas são dados através do conceito “forma”, advindo da matemática, prescindindo de materialização para que exista. Uma forma ao mesmo tempo limita, define e distingue um sistema. Nesse ponto, a forma distingue o sistema do seu meio ambiente. Os códigos internos, assim como a legislação de um dado país, possuem como regra geral seu limite de alcance delimitado na “forma” do sistema. Ela representa o território dos códigos operacionais.

Em um outro aspecto, uma vez delimitado o sistema, o que o circunda e com ele se comunica é considerado meio ambiente. Esse meio ambiente é formado por vários outros sistemas em comunicação e, também, por resíduos sistêmicos (considerados sistemas em formação ou destruição). O meio ambiente é sempre definido de acordo com o sistema observado, pois é o sistema que forma o seu meio ambiente. O meio ambiente é um “vir a ser” a depender do sistema observado. Assim, encontramos a fórmula da Constante de Luhmann, que pode ser assim definida: $M(S_o) = \sum S + R - S_o$.

Outrossim, é um equívoco entender que os sistemas têm por principal meta a estabilidade. Em verdade, os olhos do cientista não devem focar no equilíbrio sistêmico – posto que sua cognição pouco revela – mas sim compreender que o equilíbrio é um mero “estado”, tendo em vista que os sistemas são intrinsecamente instáveis. O foco do pesquisador deverá ser a perturbação sistêmica – que tradicionalmente ocorre nas periferias sistêmicas – essa sim um elemento de grande valor para a compreensão do que ocorre no interior e ao

redor de cada sistema. São as perturbações que possuem o poder de alterar e redefinir os sistemas.

Com o sistema do direito não é diferente. Ele se comunica com os sistemas político, religioso, familiar, econômico, dentre outros. Isso se dá através do acoplamento estrutural: dois sistemas passam a se comunicar diretamente, trocando informações. A Constituição, por exemplo, representa o acoplamento do sistema jurídico com o sistema político, trazendo influências dos dois lados, a depender do sistema que se está observando.

Os tribunais são um sistema parcial diferenciado do direito. Atualmente, ocupam função central, que também deve compreender, em sua base, as atividades administrativas contenciosas da Administração Pública para, a partir daí, iniciar a escala da ordem hierárquica dentro do Poder Judiciário. Assim, a atividade contenciosa é o centro do sistema jurídico, operando os Tribunais uma função essencial ao dizer o que é e o que não é direito subjetivo.

Essa atividade não passa despercebida do meio ambiente. O Centro decisório é provocado por demandas que podem ser significantes ao sistema social como um todo, sendo consideradas *input* sistêmico. Ao produzir uma decisão (*output*), o centro decisório devolve ao meio ambiente o seu produto elaborado que influenciará outros sistemas através dos acoplamentos estruturais com o sistema jurídico, gestando novas demandas que retornarão como novos *inputs* ao sistema do direito.

O sistema de precedentes vinculantes, conforme visto, não pode ser considerado um sistema hermeticamente fechado. É de sua natureza a abertura cognitiva, tradicionalmente realizada através da figura do *amicus curiae*, e sua operacionalidade interna, realizada através dos códigos internos do subsistema do direito.

O subsistema do direito sofre constantemente irritações que podem se converter em *inputs* para que o centro decisório – tradicionalmente (mas não exclusivamente) os tribunais – possa converter esses *inputs* em respostas sistêmicas, o que para David Easton são denominados de *outputs*. Estes *outputs* retornam ao meio ambiente e produzem novas irritações sistêmicas. Como exemplo é citado o caso *Loving v. Virginia*, ocorrido nos Estados Unidos, onde a criminalização e nulificação de casamento entre pessoas de “raças” diferentes foi julgado inconstitucional na Suprema Corte, o que fez com que novas demandas da população adviessem ao Judiciário com a expectativa de gerar novas respostas (*outputs*), culminando recentemente na aprovação do casamento entre pessoas do mesmo sexo.

A abertura que o sistema produz, contudo, não outorga aos agentes sociais a primazia da interpretação jurídica, conforme pode levar a crer uma interpretação mais célere de Peter Häberle. Eles são chamados para demonstrarem em juízo os seus diferentes pontos de vista,

mas a decisão final compete ao centro decisório do direito, que a dará através de seus códigos operacionais internos. Se estes códigos falharem ou se outros sistemas sociais, como a política, ditarem os códigos que o direito deveria seguir, haverá o que Luhmann chama de corrupção sistêmica e o sistema pode deixar de ser identificável enquanto tal.

O CPC/15 criou um subsistema de julgamento em massa e formação de precedentes vinculantes em face da imensa quantidade de processos que adentraram no nosso Judiciário. Esse fenômeno não é exclusivamente brasileiro; ocorre, também, em diversos ordenamentos mundo afora, como nos casos da Inglaterra, Alemanha e Estados Unidos. Todos esses sistemas jurídicos sofreram com as demandas em massa sobre assuntos semelhantes e buscaram soluções que se amoldassem à sua cultura.

O sistema brasileiro possui influências de algumas sistematizações para julgamento de processos múltiplos, destacando-se o *Group Litigation Order* inglês (GLO), as *class actions* do processo norte-americano e o *musterverfahren* do processo alemão, que terminaram por culminar no sistema próprio brasileiro de julgamento de processos coletivos.

Nosso sistema, entretanto, ficou com uma característica própria: trata-se da coexistência de súmulas vinculantes e precedentes vinculantes. A súmula vinculante é uma característica exclusiva do sistema brasileiro; seu paralelo com os precedentes vinculantes, existentes em diversos países, irá trazer alguns desafios aos futuros intérpretes.

O sistema do CPC/15 se inspirou em fontes estrangeiras e produziu um sistema próprio, que é ao mesmo tempo um sistema de julgamento em massa e formação de precedente vinculante. Por não termos ainda uma cultura de respeito à formação e aplicação dos precedentes, problemas poderão ocorrer nos julgamentos de recursos múltiplos com o conteúdo da decisão formada. Nesse sentido, nosso maior desafio, dentro desse novo sistema de interpretação do direito, é saber identificar corretamente o que é *ratio decidendi* e *obiter dictum*, tendo em vista que as interpretações de decisões judiciais “à brasileira”, até então, eram ditadas pelas conveniências de plantão ou por juízos pré-formados, sem uma reverência ao que já foi decidido à extasiedade pelos tribunais superiores.

Assim, é possível que haja no Brasil, de forma excepcional, um julgamento de processos múltiplos sem formação de precedente vinculante, derivado de problemas na formação da *ratio decidendi*, como é o caso da teoria do *narrowest ground*, onde pode haver a formação de uma disputa de grupamento de votos do mesmo lado vencedor, sendo que a tese vencedora, dentre as teses do lado vencedor, possui quórum abaixo do mínimo exigível para formar uma maioria isolada no Tribunal.

A *ratio decidendi*, junto com a regra criada, são as partes cruciais do precedente formado. Por outro lado, em paralelo com a evolução da interpretação normativa, a *ratio decidendi* sofrerá, também, interpretações evolutivas. Seu corpo interpretativo será desenhado com o tempo, podendo ser ampliada ou diminuída em função das futuras interpretações que também serão consideradas precedentes vinculantes. A *ratio decidendi* vai além do caso do precedente do qual é compreendida e seu significado não está confinado ao que o juiz lhe deu ou quis dar. Há, de forma inequívoca e em paralelo com o estudo da interpretação legislativa, a *voluntas decidendi*.

Já o *obiter dictum* é uma parte do julgado que não integra a *ratio decidendi*. A argumentação lançada via *obiter dictum* é *a latere*, não é objeto de discussão. Tanto que, para facilitar a compreensão, o CPC possui um procedimento especial prévio para a declaração da matéria afetada, que será a base da *ratio decidendi*. O que não for *ratio* não vincula e poderá ser *obiter dictum* ou um mero precedente persuasivo (reservado ao capítulo de sentença que não é objeto de afetação pelos sistema de formação de precedentes vinculantes).

Na aplicação do precedente vinculante, dúvidas surgirão sobre se o precedente é aplicável ao caso concreto apresentado ao juiz. Em situações especiais, o magistrado poderá aplicar a técnica do *distinguishing*, declarando que o precedente vinculante não se aplica ao caso concreto, afastando-se dele e julgando de acordo com as regras vigentes. Seu fundamento é a dissimilaridade legalmente relevante da base factual ou legal dos dois casos apresentados (o atual e o do precedente).

No que tange à superação do precedente vinculante (*overruling*), ao se estudar o seu paralelo no sistema norte-americano, percebe-se que o mesmo é mais flexível do que aparenta à primeira vista. Há uma série de tipos de *overrulings* que autorizam o julgador a realizar alterações em seu julgado por uma série de fatores externos. Dentre eles, destacam-se o *overruling* clássico, que corresponde à alteração da orientação anteriormente firmada pelo mesmo órgão que criou o precedente vinculante; *overruling* ilegítimo, quando há a ofensa de um tribunal incompetente ao precedente vinculante válido; *prospective overruling*, que envolve a aplicação do precedente para casos futuros;

Para a formação dos precedentes vinculantes é necessário que o sistema jurídico tenha uma abertura cognitiva para lhe dar maior legitimidade. Essa abertura é realizada pelos *amici curiae*, que foram legitimados no novo CPC a atuar nos processos, desde o seu nascedouro, a fim de que as decisões judiciais possam ter a cognição o mais plúrima possível. Para o seu ingresso no processo, são necessários requisitos objetivos e subjetivos. Na parte dos requisitos objetivos são elencados a relevância da matéria, a especificidade do tema e a

repercussão social da controvérsia. No que tange aos requisitos subjetivos, existe o requisito da representatividade adequada, muito símile ao que ocorre no processo norte-americano.

Em seu despacho de admissão, o juiz declarará quais serão os poderes do *amicus curiae* no processo, lembrando que a outorga de poderes, caso haja a figura do *amicus curiae* de cada lado da relação processual, deverá respeitar o princípio constitucional da isonomia.

O sistema (ou microssistema) de formação de precedentes vinculantes no Brasil previu três mecanismos para a sua formação: o IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o IAC – Incidente de Assunção de Competências e os recursos especial e extraordinário repetitivos.

O IRDR é destinado ao julgamento de processos múltiplos dentro do mesmo tribunal; o IAC, ao seu turno, envolve a formação de um precedente de um caso que, apesar de não ser múltiplo, é relevante sob vários aspectos (social, econômico, político etc) e os recursos repetitivos ocorrem em tribunais superiores (STF e STJ). Na nova fenomenologia processual, os Tribunais de Justiça estaduais ganham significativa importância, posto que em determinadas matérias de legislação estadual e municipal em que não haja reflexos constitucionais ou de legislação federal, os tribunais locais muito se assemelharão às Supremas Cortes Estaduais dos EUA, produzindo precedentes vinculantes em matéria de legislação estadual e municipal.

O sistema brasileiro possui, além das súmulas vinculantes e dos precedentes vinculantes, outro instrumento de julgamento de direitos em massa, que são as ações civis públicas. Preexistentes ao sistema de precedentes, a nova fusão de elementos processuais produz um interessante caso em que o sistema de julgamento em massa converterá todos os processos de conhecimento em curso em cumprimento de sentença no caso da ação civil pública ser julgada procedente, conforme precedente do STJ.

Após a produção do precedente vinculante e da formação de jurisprudência em um dado conjunto de precedentes persuasivos, o CPC previu o dever legal dos tribunais em manter a sua jurisprudência estável, íntegra e coerente. A jurisprudência é considerada íntegra não quando a mesma é estável, coerente ou principiológica; ela tem a haver com a teoria sistêmica. A jurisprudência não pode ser considerada líquida (adaptável aos litigantes de plantão), mas sim sólida. Ela tem a haver com o sistema jurídico ser considerado um bloco íntegro, tendo em vista que a jurisprudência é o produto de maior valor do centro decisório do direito. A jurisprudência íntegra é aquela que não admite a corrupção sistêmica no direito, ou seja: as interferências externas não devem ter o condão de interferir no sistema judicial se não o for através de sua operacionalidade interna própria.

Uma jurisprudência será considerada estável se ela for cotidianamente aplicada e possuir mecanismos relativamente protetivos para a sua aplicação e rígidos para sua alteração, não podendo ser alterada ao bel talante do julgador.

Uma decisão judicial é coerente com o centro do sistema decisório se a mesma corresponde a uma aplicação de um precedente vinculante ou a sua evolução interpretativa, dentro da teoria da *chain novel* de Dworkin.

O sistema de precedentes vinculantes, apesar de severas críticas por parte renomada da doutrina brasileira, não é inconstitucional, posto que o mesmo possui normas constitucionais que lhes dão fundamentos, como no caso dos princípios constitucionais da segurança jurídica, celeridade, acesso ao judiciário, isonomia, dentre outros.

Pelas razões legais, o precedente vinculante passa a ser considerado uma fonte formal do direito brasileiro, tendo em vista que ele tem patamar hierárquico semelhante ao adensamento normativo realizado pelo magistrado em uma verdadeira ressignificação do precedente vinculante na teoria do direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Jogo democrático e processo**: as razões pelas quais o processo civil deve ser um jogo limpo. *In* Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil. Coerência e integridade. São Paulo: Saraiva, 2016a.

_____. **O que fazer com o processo civil quando não restar mais nada para vincular? Ou o imprescindível eterno-retorno ao caso concreto**. *In* Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR). Marcos de Araújo Cavalcanti. São Paulo: RT, 2016b.

ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo. Posições processuais equilibradas e unidade do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALEBEEK, Rosanne Van. **The immunity of states and their officials in international criminal and international human rights law**. Oxford, Oxford University Press, 2008.

ANDREWS, Steve. **Clearing the field of play**: Judges, Umpires na the Settlement of law in Cooperstown. *In* Baseball/Literature/Culture essays. Edited by Ronald E. Kates and Warren Tormey. Jefferson: McFarland & Company Publisher, 2008.

ARDEN, Mary. **Human Rigths and European Law. Building new legal orders**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

ARNAULD, André-Jean; DULCE, M.J.F. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. 3. edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Subsunção e concreção na aplicação do Direito**. *In* O ensino jurídico no limiar do novo século. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Súmula, jurisprudência, precedente**: uma escalada e seus riscos. *In* Temas de direito processual (nona série). São Paulo: Saraiva, 2007.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade**: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. *In* Precedentes. Coordenação Fredie Didier Jr *et al.* Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito Constitucional**. Tomo II, 2ª ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BAUMANN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAYLES, Michael. **The legal essays of Michael Bayles**. Edited by Wade L. Robinson. The Hague : Kluwer Law International, 2002.

BERNARD, James L.; KRAUSS, Jill A. **Mass actions under the class action fairness act. In A practitioner's guide to class actions**. Edited by Marcy Hogan Greer. Illinois : ABA Publishing, 2010.

BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celes C. J. Santos. 10. edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Princípios do processo no novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRANTING, L. Karl. **Reasoning with rules and precedents. A computational model of legal analysis**. Laramie: 2000.

BUENO, Cassio Sarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

BRUCH, Carl; KING, Sarah. **Constitutional procedural rights: enhancing civil society's role in good governance**. In the new public: the globalization of public participation. Washington : Environmental Law Institute, 2002.

BUSH, Richard C. **Hong Kong in the shadow of China: living with the Leviathan**. Washington DC : Brookings Institution Press, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. **A escolha da causa-piloto nos incidents de resolução de processos repetitivos**. In Julgamento de casos repetitivos. Coordenadores Fredie Didier jr e Leonardo Carneiro da Cunha. Salvador: JuPodivm, 2017.

CALKINGS, Sthephen. **The antitrust conversation**. In European Competition Law Annual. Oxford : Hart Publishing, 2016.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. edição. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. Tradução Newron Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 1999, p. 33.

CARDOSO, Oscar Valente. O *amicus curiae* no Novo Código de Processo Civil. **In Revista Dialética de Direito Processual, vol. 146**, maio/2015. São Paulo: Dialética, 2015.

CAVALCANTI, Marcos. **Incidente de resolução de demandas repetitivas e ações coletivas**. Salvador : JusPodivm, 2015.

CHUEIRI, Vera Karam; SAMPAIO, Joana Maria de Araújo. **Coerência, integridade e decisões judiciais**. Revista de estudos jurídicos, a.16, n. 23, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 19ª Edição. São Paulo : Malheiros, 2003.

CLAM, Jean. **Questões fundamentais de uma teoria da sociedade. Contingência, paradoxo, só-efetuação**. Tradução de Nélcio Scheider. São Leopoldo : Unisinos, 2006.

CORLEY, Pamela C. **Concurring opinion writing on the U.S. Suprem Court**. New York ; State University of New York Press, 2010.

CROSS, Frank B. **Decision making in the U.S. Court of Appeals**. Stanford: Stanford University Press, 2007.

CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English law**. Fourth edition. Oxford: Oxford University Press, 1991.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial**. In *Processo Civil*. Estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. São Paulo : Atlas, 2012.

_____. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CUNHA, Leonardo carneiro da; DIDIER JR, Fredie. **Recursos contra decisão proferida em incidente de resolução de demandas repetitivas que apenas fixa a tese jurídica**. In *Julgamento de casos repetitivos*. Coordenadores Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

CUNHA, Luciana Gross. **Segurança jurídica: performance das instituições e desenvolvimento**. In *Poder Judiciário e desenvolvimento do mercado de valores mobiliários brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Ações coletivas e o incidente de julgamento de casos repetitivos**. In *Julgamento de casos repetitivos*. Coordenadores Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha. Salvador : Editora JusPodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil de acordo com a Lei 13.256, de 4.2.2016**. São Paulo : Malheiros Editores, 2016.

DONALD, David C. Review Essay – Jan Pieter Krahn and Reinhard H. Schmidt's. **The german financial system**. In *Comparative law as transnational law. A decade of the German Law Journal*. Edited by Russell A. Miller and Peer C. Zumbansen. Oxford: Oxford University Press, 2012.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

EASTON, David. **Uma teoria de análise política**. Tradução de Gilberto Velho. Rio de Janeiro : Zahar Editores, 1968.

_____. **Modalidades de análise política**. Rio de Janeiro : Zahar Editores, 1970.

EISENBERG, Melvin Aron. **Principles of legal reasoning in the common law**. In *Common law theory*. Edited by Douglas E. Edlin. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

_____. **The nature of the common law**. Cambridge : Havard University Press, 1991.

ELLIS JR, C. Arthur. **Hall of mirrors. Confirmation and presentist biases in continuing accounts of the Ruby McCollum Story**. Florida: Gadfly Publishing, 2015.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos E. Pianovski. **Princípio da Dignidade Humana (no direito civil)**. In TORRES, Ricardo Lobo *et al.* Dicionário de Princípios Jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FACÓ, Juliane Dias. **Recursos de revista repetitivos. Consolidação do precedente judicial obrigatório no ordenamento trabalhista**. São Paulo: LTr, 2016.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1991.

FOUCAULT, Michel. **Discipline & punish, the birth of the prison**. New York: Vintage Books, 1995.

FRIENDENTAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. **Civil procedure**. St. Paul: West Group, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 12. edição. Petrópolis: Vozes, 2012.

GIDDENS, Anthony. **Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo**. Tradução de Cibele Saliba Rizek. São Paulo: Fundação editora da UNESP, 1998.

GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIFIS, Steven H. **Law dictionary**. Sixth edition. New York : Barron's guides, 2010.

GILLIAM, Josh. **A declaration of financial independence: life, liberty and the pursuit of holiness**. Xulon Press : Maitland, 2008.

GOLD, Susan Dudley. **Supreme court milestones. Loving v. Virginia. Lifting the ban against interracial marriage.** New York: Marshall Cavendish, 2008.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais. Direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann.** São Paulo: Saraiva, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes.** 6 Edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

GREENE, Brian. **A realidade oculta. Universos paralelos e as leis profundas do cosmo.** Tradução José Viegas Jr. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

HANSFORD, Thomas G; SPRIGGS, James F. **The politics of precedente on the U.S. Suprem Court.** Princenton: Princeton University Press, 2006.

HECK, Luís Afonso. As fontes do direito. **In Revista dos Tribunais n. 677**, março de 1992.

JOHANI, J. C. **Comparative politics.** 3th Edition. New Deli, 1982. Eighteenth reprint 2008.

KARLSGODT, Paul G. **World Class Actions. A guide to group and representatitve actions around the globe.** Oxford : Oxford University Press, 2012.

KLONOFF, Robert H. **Class actions and other multi-party litigation in a nutshell.** 4th edition. St. Paul : Thomson Reuters, 2012.

LEMOES, Vinicius Silva. Os precedentes judiciais e seus princípios no Novo Código de Processo Civil. **In Revista Dialética de Direito Processual.** Vol. 153, dezembro – 2015.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas.** 3. edição. Petrópolis: Editora Vozes, 2011.

_____. **Law as a social system.** Oxford : Oxford University Press, 2004.

_____. **Sign as form.** *In* Problems of form. Edited by Dirk Baecker, translated by Micahel Irmscher with Leah Edwards. Stanford: Stanford University Press, 1999.

_____. **O direito da sociedade.** São Paulo: Martins Fontes, 2016a.

_____. **Sistemas sociais.** Esboço de uma teoria geral. Petrópoles: Editora Vozes, 2016b.

_____. **Sociologia do Direito I.** Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição:** Contribuição para a Interpretação Pluralista e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 5. Edição. São Paulo: RT, 2011.

MACEDO, Lucas Buril de. **Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais**. In Precedentes. Coordenação de Fredie Didier Jr *et al.* Salvador: JusPodivm, 2015.

MADEU, Diógenes; MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Introdução ao estudo e à teoria geral do direito**. Coordenação José Fábio Rodrigues Maciel. São Paulo: Saraiva, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e Súmula Vinculante. 4. edição revista, atualizada e ampliada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas cortes supremas. Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais**. 6. Edição. São Paulo: RT, 2011.

MEHREN, Arthur T. von; MURRAY, Peter L. **Law in the United States**. Second edition. New York: Cambridge University Press, 2007.

MEIRELES, Edilton. **Do incidente de resolução de demandas repetitivas no processo civil brasileiro**. In **Julgamento de casos repetitivo**. Coordenadores Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24. edição. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3^a Ed., 8^a tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MENA, Antonio Ortiz. El concepto de sistema político em la obra de David Easton. **Revista del Departamento de Sociología**, vol 1, n. 2, outono de 1986.

MILLER, Roger LeRoy. **Business law today. The Essentials. Text & summarized cases**. 11th edition. Arlington: Cengage Learning, 2015.

MITCHEL, William C. **Enciclopedia Internacional de las ciencias sociales**. España, Editorial Aguilar, 1979.

MOTTA, Francisco José Borges; RAMIRES, Maurício. **O novo Código de Processo Civil e a decisão jurídica democrática: como e por que aplicar precedentes com coerência e integridade?** In **Hermenêutica e Jurisprudência no novo Código de Processo Civil. Coerência e integridade**. Coordenação de Lenio Streck *et al.* São Paulo: Saraiva, 2016.

MUELLER, Michael J.; BEACH, Jason M. Trials. *In A practitioner's guide to class actions*. Edited by Marcy Hogan Greer. Illinois : ABA Publishing, 2010.

MULLENIX, Linda. **General report – Common Law**. *In* Os processos coletivos nos países de civil Law e common Law – uma análise de direito comparado. XIII Congresso Mundial de Direito Processual, Salvador-Bahia, 16 a 22 de setembro de 2007. Tema nº 5 – Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas. São Paulo : RT, 2008.

MUSCARI, Marco Antônio Botto. **Súmula Vinculante**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

NERY JR, Nelson; NERY; Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules. Princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. **Ainda sobre o efeito vinculante**. *In* Cadernos de direito tributário e finanças públicas nº 16, jul-set. 1996.

OLIVEIRA, Gleydson Kleber Lopes. **Recurso especial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: a abertura de novos horizontes interpretativos no marco da integridade do direito**. *In* Hermenêutica e Jurisprudência no novo Código de Processo Civil. Coerência e integridade. Coordenação de Lenio Streck *et al.* São Paulo: Saraiva, 2016.

PARSONS, Talcott. **The Social System**. London: Taylor & Francis e-Library, 2005.

PATRIOTA, Marta Valéria C. B. **Um recurso ao descongestionamento: o procedimento das causas repetitivas como meio de contenção à sobrecarga de processos e sua aplicação pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. *In* Julgamento de casos repetitivos. Coordenadores Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes**. *In* Julgamento de casos repetitivos. Coordenadores Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

PISTOR, Katharina; XU, Chenggang. **The challenge of incomplete law and how different legal systems respond**. *In* Bijuralism. An economic approach. Edited by Albert Breton and Michael Trebilcock. Burlington: Aschgate Publishing Company: 2006.

PRIETO, Jimena Hurtado. **Adam Smith, mercantilism, and Mandeville**. *In* New Voices of Adam Smith, edited by Leonidas Montes and Eirc Schliesser. New York, Routledge, 2006.

RATTALMA, Marco Frigessi di. **NGOs before the European Court of Human Rights: beyond amicus curiae participation?** In Civil Society, international courts and compliance bodies. A project of the Universities of Milano, Brescia and Verona with the co-operation of PICT – the Project on international courts and tribunals. Tulio Treves editors *et al.* Cambridge, 2005.

RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **Nickas Luhmann - A sociedade como sistema.** Porto Alegre : EdiPUCRS, 2012.

ROSSI, Júlio César. Processo coletivo: a eficácia da decisão representativa de macrolide, a possibilidade de aplicação do artigo 543-C do CPC e a conversão “de ofício” da ação individual em liquidação provisória. **Revista Dialética de Direito Processual**, 101. 2011.

SANTOS, Adriano Lúcio dos. **Do acesso e da administração da justiça.** Curitiba: Juruá Editora, 2007.

SANTOS, Evaristo Aragão. **Em torno do conceito e da formação do precedente judicial.** In Direito jurisprudencial. Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadora). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SANTOS, Paulo Márcio Reis. **Direito econômico processual:** uma abordagem pela análise econômica do direito. Belo Horizonte: FUMEC, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHAUER, Frederick. Precedente. In **Precedentes.** Coordenadores Fredie Didier Jr *et al.* Salvador: Jus Podivm, 2015.

SEIDL, David. **Organizational identity and self-transformation.** New York: Routledge, 2016.

SILTALA, Raimo. **A theory of precedent. From analytical positivism to a post-analytical philosophy of law.** Portland: Hart Publishing, 2000.

SILVA, Paulo Maycon Costa da. **Do amicus curiae ao modelo de sociedade aberta dos intérpretes.** São Paulo: Revista CEJ, 2008.

SLAPPER, Gary; KELLY, David. **The English legal system.** Tenth edition. Oxon: Routledg-Cavendish, 2009.

SMITS, Jan M. Elgar. **Encyclopedia of comparative law.** Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos de teoria geral do direito.** São Paulo: Saraiva, 2016.

SOLLORS, Werner. **Black-white intermarriage in American History, literature, and law.** Oxford University Press: 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. Edição. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Súmulas no direito brasileiro: eficácia, poder e função**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

STRECK, Lenio Luiz; ABBoud, Georges. **O NPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando?** In Precedentes. Coordenação Fredie Didier Jr *et al.*

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. **Democracia e jurisdição: entre o texto e contexto**. São Paulo: Baraúna, 2011.

TRINDADE, André. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. **O controle das decisões judiciais e a revolução hermenêutica no direito processual civil brasileiro**. In *Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil. Coerência e integridade*. São Paulo: Saraiva, 2016.

USTARRÓZ, Daniel; PORTO, Sérgio Gilberto. **Manual dos recursos cíveis**. 4. edição, revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

VIANA, Ulisses Scharz. **Repercussão Geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Nicklas Luhmann**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Precedentes e evolução do direito**. In *Direito jurisprudencial*. São Paulo: RT, 2012.

WATANABE, Kazuo. In **Os processos coletivos nos países de civil Law e common Law – uma análise de direito comparado**. XIII Congresso Mundial de Direito Processual, Salvador-Bahia, 16 a 22 de setembro de 2007. Tema nº 5 – Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas. São Paulo: RT, 2008.

WEBB, Julian. **Dictionary of law**. London: Penguin Reference Library, 2009.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimação democrática do Poder Judiciário no novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WETERMAN, Daniel; NERIS, Felipe. **Ações trabalhistas crescem e TST prevê 3 milhões de processos em 2016**. Disponível em: < <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,acoes-trabalhistas-crescem-e-tst-preve-3-milhoes-de-processos-em-2016,10000050140>>. Acesso em: 25 jan. 2017.